

**FACULDADES INTEGRADAS DE RONDONÓPOLIS**

**Curso de Direito**

**BEATRIZ DE SOUZA TRENPOHL**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL:**

**Relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos**

**Rondonópolis**

**2020**

**BEATRIZ DE SOUZA TRENEPOHL**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL:**

**Relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo Curso de Direito das Faculdades Integradas de Rondonópolis.

Orientadora: Naiara Basílio de Oliveira Lopes

**Rondonópolis**

**2020**

**BEATRIZ DE SOUZA TRENPOHL**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL:**

**Relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo Curso de Direito das Faculdades Integradas de Rondonópolis, sob a orientação da Professora Naiara Basílio de Oliveira Lopes.

Aprovado em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

---

Componente da Banca Examinadora

---

Componente da Banca Examinadora

---

Componente da Banca Examinadora

## **AGRADECIMENTOS**

A **Deus**, por tudo que tenho e por tudo que sou, por todo instante da minha vida, muito obrigado senhor.

Aos meus pais, **Lucildo Trenepohl e Luzimara Batista de Souza**, por terem sido meu suporte durante toda essa caminhada. Com a sustentação moral e afetiva de uma família maravilhosa, encontrei forças para chegar até aqui e ir adiante.

Por fim, a minha orientadora Professora **Naiara Basílio de Oliveira Lopes**, pela colaboração e orientação durante essa pesquisa, que, certamente, ajudou a engrandecer esse trabalho.

“Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres.”. (Rui Barbosa)

## RESUMO

Pretende-se, com o presente trabalho, demonstrar que a vulnerabilidade do adolescente entre doze e catorze anos nos crimes sexuais encontra pontos controvertidos, especialmente no que concerne ao seu caráter absoluto ou relativo. Com isso, demonstrar-se-á a necessidade de adaptação e interpretação das normas penais, frente às progressivas e incessantes transformações socioculturais, a fim de que a aplicação da norma punitiva no crime de estupro de vulnerável, especialmente quando a vítima for maior de doze anos, não deve ser irrestrita, mas deve ser analisado o caso concreto, possibilitando que a aplicação da norma punitiva seja justa e satisfaça a sociedade em geral. Nesse sentido, visa demonstrar a impossibilidade de se reputar como delituosa uma conduta aceita ou tolerada pela sociedade, em respeito aos princípios da adequação social, intervenção mínima, ofensividade e fragmentariedade.

**PALAVRAS-CHAVES:** Estupro. Vulnerabilidade. Dignidade Sexual. Lei nº 12.015/2009.

## **ABSTRACT:**

The aim of this paper is to demonstrate that the vulnerability of adolescents between 12 and 14 years old in sexual crimes finds controversial points, especially regarding their absolute or relative character. This will demonstrate the need for adaptation and interpretation of criminal norms in the face of progressive and incessant sociocultural transformations, so that the application of the punitive norm in the crime of rape of the vulnerable, especially when the victim is over twelve should not be unrestricted, but the concrete case must be analyzed, enabling the application of the punitive norm to be fair and to satisfy society at large. In this sense, it aims to demonstrate the impossibility of being considered as a criminal conduct accepted or tolerated by society, respecting the principles of social adequacy, minimal intervention, offense and fragmentation.

**KEYWORDS:** Rape. Vulnerability. Sexual Dignity. Law nº 12.015/2009.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PROCESSO HISTÓRICO DO CRIMES DE ESTUPRO.....	12
1.1. EVOLUÇÃO MUNDIAL.....	12
1.1.1. Direito Romano.....	12
1.1.2. Direito Hebraico.....	13
1.1.3. Egito e Grécia.....	14
1.2. EVOLUÇÃO NAS LEGISLAÇÕES PÁTRIAS.....	14
1.2.1. Ordenações Afonsinas.....	14
1.2.2. Ordenações Manuelinas.....	15
1.2.3. Ordenações Filipinas.....	15
1.2.4. Código Penal do Império (1830).....	16
1.2.5. Código Penal Republicano (1890).....	17
1.2.6. Código Contemporâneo.....	18
2. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE A PARTIR DAS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA.....	19
2.1 COMUNITARISMO.....	19
2.2 PARTICULARIDADES COM A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE. .	21
3. GENERALIDADES DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	24
3.2. BEM JURÍDICO TUTELADO.....	26
3.3. ELEMENTO OBJETIVO E SUBJETIVO.....	27
3.3.1. Conjunção carnal.....	27
3.3.2. Ato libidinoso.....	28
3.4. ERRO DE TIPO.....	28
3.4.1. Recente polêmica acerca do “estupro culposo” .....	29
3.5. FORMAS QUALIFICADAS.....	31
3.6. CAUSAS ESPECÍFICAS DE AUMENTO DE PENA.....	31
3.7. CRIME HEDIONDO.....	31
3.8. VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DA VÍTIMA.....	32
4. ANÁLISE DO ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA (ANTES DA LEI 12.015/2009) E DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL (APÓS A LEI 12.015/2009), E DEBATES ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO.....	35
4.1. CRIME DE ESTUPRO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009.....	35
4.2. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009.....	36

4.3. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA.....	37
4.3.1. Divergências jurisprudenciais acerca da presunção de violência, se absoluta ou relativa.....	37
4.3.1.1. Presunção absoluta.....	38
4.3.1.2. Presunção relativa.....	38
4.4. ORIGEM DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	39
4.5. COMO ENTENDIA A VARA ESPECIALIZADA DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DA CAPITAL DE MATO GROSSO – 14ª VARA CRIMINAL DE CUIABÁ.....	41
4.6. SÚMULA 593 DO STJ.....	43
4.7. CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE: EXCLUSÃO DE TIPICIDADE.....	46
5. PRINCÍPIOS COMUMENTE UTILIZADOS COMO FUNDAMENTO DO AFASTAMENTO DA VULNERABILIDADE.....	49
5.1. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA – DIREITO PENAL COMO A ÚLTIMA <i>RATIO</i> DO ESTADO DE DIREITO.....	49
5.2. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE.....	50
5.4. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	52
6. CAPACIDADE CONFERIDA PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EM CONFLITO COM A VULNERABILIDADE ESTABELECID PELO CÓDIGO PENAL.....	54
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

## INTRODUÇÃO

Os crimes sexuais sempre foram objeto de estudo de diversas áreas do conhecimento, notadamente por se tratarem de delitos de extrema gravidade e grande repercussão social, que geralmente deixam marcas irreparáveis e imensuráveis nas vítimas, cominando penas altas aos seus ofensores.

A lei 12.015, de 07 de Agosto de 2009, trouxe inúmeras alterações, mudando o contexto dos crimes sexuais, começando pelo título, que antes falava em “crimes contra os costumes”, hoje, fala-se em “crimes contra a dignidade sexual”.

A mudança mais significativa talvez tenha sido migração da elementar “ato libidinoso”, anteriormente previsto no revogado artigo 214 (atentado violento ao pudor), para o artigo 213 (estupro), ambos do Código Penal, passando a ter a seguinte redação: “*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”.

Outra importante mudança foi à criação da figura do estupro de vulnerável, que trata dos menores de 14 (catorze) anos e das pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não ter o necessário discernimento para prática do ato, ou que, por qualquer outra causa não pode oferecer resistência.

Essa última alteração foi causada pela ampla discussão sobre a natureza do revogado artigo 224 do Código Penal, que dizia que era presumida a violência das citadas pessoas, principalmente no que diz respeito aos menores de 14 (catorze) anos.

Assim, a presente monografia tem como objetivo demonstrar que nem mesmo a intenção do legislador foi capaz de acabar com as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tanto que foi necessário a edição da Súmula 593, pelo Superior de Justiça, pois mesmo com a criação de um tipo autônomo (artigo 217-A do Código Penal), a discussão não foi revivida. Para alguns, a natureza deve ser absoluta, para outros, deve ser relativa.

Apontar-se-á no decorrer desta pesquisa, as posições favoráveis e contrárias a relativização da presunção de violência que, após a alteração, passou a ser relativização da vulnerabilidade.

Antes, no entanto, será demonstrado o avanço dos crimes de natureza sexual no mundo e na nossa legislação pátria, mormente o delito de estupro; as concepções de justiça; as generalidades do crime de estupro de vulnerável, para, então abordarmos as discussões acerca da possibilidade de relativização e suas consequências. Após, no último capítulo, será abordado o fato de que o critério objetivo adotado pelo legislador entra em confronto com a capacidade conferida pela Lei nº. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Destaco que para efeitos deste trabalho, ao usar o termo vulnerável, estarei me referindo, tão somente, aos vulneráveis adolescentes, é dizer, com idade entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos.

## **1. PROCESSO HISTÓRICO DO CRIMES DE ESTUPRO**

Dentre os principais conceitos, destaca-se que o estupro, segundo (HUNGRIA, 1959 *apud* TEIXEIRA, CORTEZ E NETO, 2003<sup>1</sup>) vinha sendo repudiado severamente desde a antiguidade, porquanto é considerado um grave malefício a ser punido penalmente.

A punição para o crime de estupro está relacionada à história dos povos, observando os costumes, à formação da sociedade, como também a cultura. Fundamental salientar a história jurídica do crime de estupro, demonstrando que dentre os atos criminais, há o destaque ao abuso sexual contra a mulher e a criança, sendo que uma maior atenção ao assunto passou a ser dada com o processo evolutivo dos conceitos de igualdade e liberdade.

### **1.1. EVOLUÇÃO MUNDIAL**

#### **1.1.1. Direito Romano**

O direito romano pode ser considerado um dos marcos mais importantes da história, e é de grande valia para que se possa entender o evoluir deste povo, que tratava sempre qualquer fato degradante social com grande malevolência e, como fruto do crescimento cultural, o Direito Romano passou a ser a base para um estudo profundo e de poucas variantes do direito penal, oferecendo grande contribuição ao mundo nesta questão.

Em consenso com essa assertiva, respalda Bittencourt:

O Direito Romano oferece o ciclo jurídico completo, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos. Roma é tida como a síntese da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o mundo moderno<sup>2</sup>.

No que diz respeito ao delito de estupro, o direito penal romano era bastante repressivo, tendo em vista que qualquer ato lascivo praticado contra alguém já era suficiente para caracterizar um crime de estupro.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/viewFile/99/111> acesso em novembro de 2020.

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Vol. I. 7ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 214.

Conforme pontuado por Kelly Cristina Canela<sup>3</sup>, nas obras jurídicas com alusão ao Direito Romano, o termos usados para se referir ao estupro eram “*strupum*” e “*vim*”, todavia, ressalta-se que não eram as únicas nomenclaturas utilizadas.

Na legislação Romana, em se tratando de estupro com emprego de violência admitia-se figurar no polo passivo qualquer pessoa, inclusive o homem. Utilizava-se o termo *strupum per vim* para identificar o estupro violento, sendo essa modalidade punida com morte pela “*Lex Julia de vipublica*”.

Nesse diapasão:

[...] era aplicada a lei Júlia de Violência pública àquele que tivesse estuprado com violência (*per vim stuprum*) um jovem ou uma mulher (*puervelfemina*). Partindo dessas informações, observamos que o conceito de violência sexual compreendia, em determinado aspecto, o conceito de *strupum*. O meio como esse *strupum* se realizada era a violência. Dessa forma, o *strupum per vim* era um *strupum* praticado com violência, contra homem ou mulher<sup>4</sup>.

Percebe-se, pois, que admitia a possibilidade do homem figurar no polo passivo do crime, fato relativamente novo para o nosso ordenamento jurídico, com as alterações que surgiram após a vigência da Lei 12.015/2009.

Ademais, importa mencionar que, em Roma, surgiu a distinção entre crimes públicos e crimes privados, sendo que o primeiro envolvia a traição ou a conspiração política contra o Estado, bem como o assassinato, ou seja, os delitos violadores dos interesses coletivos, enquanto os demais eram crimes privados, lesando somente interesses particulares (ex: patrimônio).

Ressalta-se ainda, conforme pontua (Cléber Masson, 2015, p. 127), que no direito romano houve a primeira manifestação, ainda que tímida, do princípio da reserva legal, tendo em vista que ao final da República, foram publicadas as *leges corneliae et juliae*, as quais criaram uma tipologia de crimes para a época.

### 1.1.2. Direito Hebraico

Conforme se verifica da passagem bíblica em Deuteronômio 22:25, era aplicado a punição de morte ao homem que violasse mulher desposada, ou seja, prometida em casamento. Caso tratasse de mulher virgem, porém não desposada, devia ele pagar cinquenta ciclos de prata ao pai da vítima e casar com ela, não podendo “despedir em todos os seus dias”, “pois a humilhou”.

<sup>3</sup> CANELA, Kelly Cristina. O estupro no direito romano. São Paulo/SP. Cultura Acadêmica, 2012. p. 71.

<sup>4</sup> Ibid., p. 73.

O direito penal hebreu teve como característica mais marcante o Talião, que neste caso possuía um sentido puramente metafórico, indicando a proporcionalidade da pena. Considerava os Dez Mandamentos como fonte de direito e sobre eles foram elaborados os preceitos jurídico-penais, conhecido como o Direito Penal Mosaico, por se originar das leis de Moisés.

Nessa cultura, as disposições do Antigo Testamento com relevância penal são muitas e de fundamental importância, pois em torno dos primeiros mandamentos foram elaborados os delitos contra a religião que compreendiam a idolatria e a blasfêmia, a feitiçaria, a falsa profecia, conjunção carnal com mulher durante o período menstrual<sup>5</sup>.

O Código de Hamurabi tem sua elaboração estimada por volta de 1700 a.C. e foi encontrado por uma expedição francesa em 1901, na região da antiga Mesopotâmia. É dele que veio a expressão comumente utilizada, olho por olho e dente por dente (Lei de Talião); também ele era severo com relação ao crime de estupro, aplicando ao estuprador a pena capital (pena de morte); definia em seu art.130, que se “alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, esse homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (PRADO, 2001, p.194).

### **1.1.3. Egito e Grécia**

A pena para os estupradores no Egito era a mutilação, assim todo homem que utilizasse a violência contra a mulher seria castrado. Já na Grécia, primeiro impunha-se uma pena simples de multa, que com o passar dos anos passou a ser adotada a pena de morte. Em rigor cada cidade, as chamadas *polis*, possuía sua própria lei, mas a base da norma era consuetudinária, ou seja, fundamentada nos usos e costumes<sup>6</sup>.

## **1.2. EVOLUÇÃO NAS LEGISLAÇÕES PÁTRIAS**

### **1.2.1. Ordenações Afonsinas**

As ordenações Afonsinas passaram a vigorar no Brasil desde sua descoberta em 1.500 e durou até o ano de 1.514, tendo como característica a severidade com que punia os crimes. Como eram inspiradas no Direito Canônico, confundiam-se a figura do delito com a do pecado.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 6. Ed. Atual. Rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 160.

<sup>6</sup> GUSMÃO, Chrysolito de. Dos Crimes Sexuais. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

O tema era disciplinado no Livro V, Título VI: “Da mulher forçada, e como fe deve a provar a força”<sup>7</sup>, onde havia disposições obre a prova do estupro, a acusação, a participação, a pena e o consentimento da vítima.

Extrai-se da obra de Kelly Canela, que “a pena aplicada ao condenado, independentemente de seu estado ou condição, que violentasse mulher casada, religiosa, virgem ou viúva que vivia honestamente, era a morte. E nenhum tipo de privilégio podia ser alegado para evitar a aplicação da pena, nem mesmo o casamento ou o consentimento da vítima<sup>8</sup>”.

A pena de morte era imposta também a qualquer pessoa que auxiliasse ou aconselhasse a prática delituosa.

### **1.2.2. Ordenações Manuelinas**

Após as ordenações Afonsinas vieram às ordenações Manuelinas, promulgadas por Dom Manuel, que vigorou no Brasil entre 1521 e 1569. O estupro foi inserido no Livro V, Título XIV: “Do que dorme a força com qualquer mulher, ou traua della, ou a leua por su vontade<sup>9</sup>”.

Não se diferia muito das ordenações Afonsinas, a pena imposta também era a de morte, e não havia exclusão da pena se o agressor se casasse com a vítima, ou esta passasse a consentir após o crime. Contudo, quando se tratasse de escrava ou prostituta, a execução só seria feita por mandado real.

### **1.2.3. Ordenações Filipinas**

Como vimos das ordenações anteriores, historicamente, no Brasil, os crimes sexuais sempre foram combatidos com veemência, não sendo diferente na vigência do Código Philippino, ou Ordenações Filipinas que abordava no Livro V – Título XVIII, os crimes de violência com o intuito de satisfazer os prazeres sexuais.

De forma traduzida, as ordenações Filipinas prescreviam: “*Todo homem, de qualquer estado e condição que seja, quer forçosamente dormir com qualquer mulher que ganhe dinheiro por seu corpo, ou escrava, morrerá por isso. Porém, quando for com mulher que ganhe direito com seu corpo, ou com escrava, não se fará a execução*”

---

<sup>7</sup> Ord. Afons. V, VII, disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l5pg29.htm> acesso em: novembro de 2020.

<sup>8</sup> CANELA, Kelly Cristina. O estupro no direito romano. São Paulo/SP. Cultura Acadêmica, 2012. p. 34.

<sup>9</sup> Ord. Manuel. V, XIV, disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p52.htm> acesso em: novembro de 2020.

*até não se fazer saber e por mandado real*<sup>10</sup>”. Percebe-se, pois, que a redação das ordenações Filipinas, é praticamente idêntica a das Manuelinas.

Ademais, como ensina Gusmão, “nas ordenações filipinas havia previsão do estupro voluntário de mulher virgem que acarretava para o autor a obrigação de se casar com a donzela, caso fosse impossível o casamento, o estupro deveria constituir um dote para vítima, porém se o autor não tivesse bens, era flagelado e humilhado, entretanto isso não acontecia se fosse fidalgo ou pessoa de posição social, quando então recebia somente a pena de degredo<sup>11</sup>”.

#### **1.2.4. Código Penal do Império (1830)**

A classificação inaugural do crime de estupro na legislação brasileira foi no Código Criminal do Império do Brasil, que foi sancionado em 16 de dezembro de 1830, por D. Pedro I, seis anos após a promulgação da Constituição de 1824.

Os crimes sexuais eram tratados no Capítulo II – Dos crimes contra a segurança da honra, Seção I – Estupro, arts. 219 à 225, *in verbis*:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezaseteannos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tresannos, 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 for 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 dousannos.

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.

<sup>10</sup> Ord. Filip. V, XVIII, disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm> acesso em: outubro de 2020.

<sup>11</sup> GUSMÃO, Chrysolito de. Dos Crimes Sexuais. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p.47.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezoito 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.

Desperta atenção, o fato do código criminal do Império diferenciar a pena *in abstracto* se a vítima fosse “honesta” ou prostituta, reduzindo a pena, que no caso da honesta seria de três a doze annos, para um mês a dois annos, no caso da prostituta, o que, nos dias atuais, certamente geraria intenso debate e, quiçá, fruto de controle de constitucionalidade.

### 1.2.5. Código Penal Republicano (1890)

O código penal republicano entrou em vigor em 11 de outubro de 1890 e tratava do crime de estupro em seu TÍTULO VIII – Dos crimes contra a segurança da honra e honestidades das famílias e do ultraje público ao pudor, CAPÍTULO I – Da violência carnal, dos arts. 266 a 269, *in verbis*:

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.

Paraphounico. 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 anesthesicos e narcoticos.

No Código de 1890, o delito de estupro era tratado de forma genérica, englobando crimes como o defloramento e a seducção de mulher. Entendia-se por

violência, o emprego da força física e todos os outros meios que pudesses privar a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim, privá-la da possibilidade de resistir e defender-se<sup>12</sup>.

Aqui, assim como o Código Criminal do Império, havia uma pena consideravelmente menor para o agente que estuprasse mulher “pública” ou prostituta, de seis meses a dois anos apenas.

#### **1.2.6. Código Contemporâneo**

No código penal brasileiro vigente os crimes sexuais estão inseridos no Título VI, que trata dos crimes contra a liberdade sexual.

Importa destacar que desde a promulgação do Código Penal de 1940, até os dias atuais, diversas alterações se processaram com a edição de leis, cuja finalidade foi adaptar as normas do convívio em sociedade às mudanças passadas pelo Estado social e político, adequando valores e imprimindo modernidade e eficiência às novas regras.

E assim também se deu com os crimes de cunho sexual, que sofreram alterações importantes na legislação pátria, que serão destacadas nos capítulos seguintes.

---

<sup>12</sup> PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica. Bauru: Javoli; 1980. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.24881> – acesso em: novembro de 2020.

## **2. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE A PARTIR DAS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA**

Conforme exposto na nota introdutória, o que circunda o presente trabalho é a ideia de relativização da vulnerabilidade do adolescente entre 12 (doze) e 14 (quatorze). Seria justa uma decisão condenatória onde, embora vulnerável nos termos da lei, houvesse uma relação de “união estável” entre vítima e acusado, com o consenso dos pais e, ainda, que o fato aos olhos da sociedade não tenha causado relevância social?

Percebe-se, com esta indagação, que estamos diante de concepções de justiça, para alguns uma decisão condenatória seria impositiva e justa, já que se trata de conduta típica. Para outros não, seria injusta, pois deve-se analisar os fatos de acordo com o contexto.

Este não é um embate que gira em torno dos casos de estupros de vulnerável, mas nos crimes de uma forma geral. Desde muito tempo se discute os ideais de justiça. A exemplo disso, temos as ideias totalmente díspares entre os pensadores universalistas e os pensadores comunitaristas.

Com efeito, os primeiros responderiam a indagação de forma positiva, pois defendem a ideia de que a regra vale para todos, independentemente, por se tratar de direitos humanos; enquanto que os segundos, responderiam negativamente, pois sustentam que o padrão de justiça é variável de contexto para contexto, e, dessarte, não se deve aplicar a lei de forma irrestrita, pois cada caso merece uma especial atenção.

Partindo disso, e de que o objetivo do trabalho é de acentuar as ideias/fundamentos que sustentam a relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, abordar-se-á, de forma sucinta, alguns aspectos da teoria e pensadores do comunitarismo. Destaco, que para efeitos deste capítulo, buscou-se apoio em trabalhos da produção acadêmica brasileira.

### **2.1 COMUNITARISMO**

A ideia do comunitarismo iniciou-se através de pensadores da filosofia política, a exemplo de Alasdair Chalmers MacIntyre e Michael Walzer, como um movimento crítico

às teorias individualistas do liberalismo, estes que, em síntese, defendem a existência de princípios universais e imparciais, trazendo a ideia da existência de um Estado imparcial, capaz de ser aplicável a sociedade humana em geral. De se destacar que o pensamento comunitarista não é homogêneo, são diversos os enfoques e graus de críticas ao liberalismo.

Ao contrário dos universalistas, os pensadores comunitaristas defendem que seria impraticável se escolher princípios de justiça sem levar em consideração as raízes históricas e culturais de cada indivíduo, de cada comunidade, pois é justamente a comunidade que revela a justiça.

A partir disso, os comunitaristas entendem que justiça e pluralismo estão entrelaçados pelo reconhecimento da multiplicidade de identidades sociais e culturas étnicas presentes na sociedade contemporânea, pelo reconhecimento das especificidades de cada ambiente social e pelos valores comunitários, não crendo, assim, na possibilidade de existência de princípios imparciais e universais, muito menos na existência de indivíduos abstratos, sem raízes, desprendido de qualquer influência histórica ou cultural.

Na visão do comunitarismo, a diversidade de identidades sociais e culturais impede que se alcance uma solução imparcial, universal e deontológica para os conflitos de interesse. Reconhecer a existência de sociedades plurais é reconhecer incontornáveis diferenças, é reconhecer que inexistem respostas únicas, verdadeiras e definitivas para a realização de uma sociedade justa.

Evidencia-se, dessa forma, a defesa de que não há possibilidade de desvincularmos justiça e comunidade, uma vez que as concepções acerca da justiça serão sempre relativas ao contexto da comunidade, a seus valores culturais e tradições histórico-sociais. Por essa razão, acentuei que a resposta para a indagação feita no tópico anterior seria negativa.

Percebe-se, pois, que não haveria um único critério justo de distribuição, uma vez que culturas diferentes dão valores diferentes a bens sociais diversos. Uma sociedade justa, portanto, seria aquela em que o processo distributivo dos bens sociais fosse realizado de acordo com as significações sociais daqueles bens que são compartilhadas pela comunidade.

Ao defender uma justiça dependente dos valores comunitários, os pensadores que seguem a linha do comunitarismo estão dizendo que a justiça é uma invenção

cultural e que, dessarte, sua definição está compreendida na virtude da aplicação de regras conforme as especificidades de cada meio, de cada comunidade.

Assim, qualquer consideração acerca de justiça ou injustiça de um processo distributivo é inerente ao significado que o bem social compartilhado possui naquela comunidade concreta. Por essa razão, determinam que os conceitos de bem e justo são inseparáveis, isto é, não se pode fazer nenhum entendimento do justo sem ter um entendimento prévio do bem.

A prioridade da concepção de bem sobre o justo, desta maneira, a tese central do comunitarismo no que concerne ao processo distributivo de justiça social. Esta ideia, como citado alhures, é frontalmente oposta às teorias liberais que, influenciadas pelos ensinamentos kantianos, defendem a prioridade do justo sobre o bem.

Percebe-se, pois, que a ideia defendida é de que os padrões de justiça devem ser fundamentados nas formas de vida e nas tradições de cada sociedade particular, sendo, em decorrência disso, variável de contexto para contexto, trazendo uma proposta de um modelo de organização de sociedade sustentada a partir de valores particulares de sua tradição, de modo que os indivíduos são moldados por princípios e pela cultura da comunidade, e os direitos individuais carecem de um “balanceamento” com responsabilidade.

Em linhas gerais, o comunitarismo jurídico consiste numa compreensão da sociedade segundo a qual a constituição de um povo sintetiza os ideais e valores identificadores dessa comunidade como fonte formal de princípios normativos a serem concretizados. (SILVA FILHO, 2009, p. 15).

## **2.2 PARTICULARIDADES COM A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE**

Uma das situações em que se é muito debatido, se deve ou não haver a flexibilização do caráter então absoluto da vulnerabilidade (segundo o STJ<sup>13</sup>), são os casos em que além do consentimento da vítima para se relacionar com o agente imputável, há o consenso de seus familiares. Muitas vezes decorrem daquelas famílias em que habitualmente, pode-se dizer, porque não, culturalmente, permitem os

---

<sup>13</sup> Enunciado da Súmula 593 do STJ: “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção arnal 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”.

relacionamentos das pessoas desde muito jovem, como, por exemplo, as famílias enraizadas na zona rural e sertão.

Não raro, deparamo-nos com situações em que é extremamente comum para determinadas famílias o relacionamento de adolescentes por volta dos seus 12 (doze), 13 (treze) anos de idade. E na visão deles, melhor dizendo, na concepção de justiça, não há nada de ilícito/errado nisso, haja vista que, como dito, trata-se de evento comum em determinadas regiões.

Daí nasce a indagação se seria justo, em que pese formalmente típico, a aplicação da norma penal de uma forma geral e irrestrita, sem levar em consideração o contexto em que os fatos se deram. Penso que não. Em diversas situações embora a conduta de determinado sujeito tenha transgredido formalmente o tipo penal, não foi capaz de violar o bem jurídico tutelado.

Um dos princípios invocados por quem defende a ideia de relativização da vulnerabilidade é o da adequação social. Os princípios são considerados, no ramo do direito, como as normas gerais mais abstratas, que servem de orientação e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo. São os princípios que atualizam as disposições normativas à prática cotidiana, aproximando o direito dos fenômenos sociais que ele visa regulamentar.

O princípio da adequação social demonstra que a relevância social é um requisito para formulação da legislação, na medida em que não faz sentido o legislador editar leis com o escopo de penalizar fato ou ato socialmente aceito.

Nessa ordem PRADO e CARVALHO entendem que “o instituto da adequação social representa um princípio importante para a interpretação dos tipos, que só englobam as condutas socialmente inadequadas. Tanto a adequação social como o risco permitido se encontram situados no domínio da *liberdade de ação social* dos indivíduos em sociedade<sup>14</sup>”.

Efetivamente, não faz sentido a intervenção do direito Penal se o bem jurídico por ele protegido com a norma específica tiver perdido a sua significação de ilícito, caso a conduta em questão passe a ser tolerada socialmente/culturalmente ou mesmo passar à completa irrelevância.

Como exemplo, são as genitoras que perfuram as orelhas das suas filhas, ou até mesmo a tatuagem, condutas formalmente típicas, ou seja, há descrição na lei penal

---

<sup>14</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal brasileiro. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 124.

como lesão corporal, todavia, essas condutas não são consideradas crime propriamente dito, por ausência de tipicidade material, como mais a frente será debatido, pois são práticas socialmente aceitas e não atentam contra a Constituição Federal.

Por conseguinte, entende-se que o princípio da adequação social vai além do próprio Direito Penal, tendo em vista que as condutas socialmente aceitas – desde que não afrontem a Constituição Federal –, seja pelos costumes, folclore ou cultura, passaram a ser excluídas da esfera penal. Nesse contexto, ainda que determinada conduta seja formalmente típica, estará no âmbito da atipicidade, uma vez que está amparada pela aceitação social, fora da seara do proibido (GOMES, 2012, texto digital).

Desse modo, visualiza-se que o princípio da adequação social, que traz uma ideia similar ao dos pensadores comunitaristas, é aplicado para relativizar a vulnerabilidade da vítima, nos casos em que estas e seus familiares, por exemplo, consentem para que ela se relacione com um sujeito maior de idade. Logo, aquela conduta, por ser socialmente aceita naquele meio, não traz malefícios àquela sociedade, de modo que não deveria haver intervenção estatal.

### 3. GENERALIDADES DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Assim é definido o art. 217-A do Código Penal, denominado de *estupro de vulnerável*:

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

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

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

§2º (Vetado).

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

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

§4º Se da conduta resulta morte:

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

Trata-se de infração que inicia o capítulo voltado à tutela da dignidade sexual das pessoas chamadas vulneráveis, assim entendidos aqueles que se incluem nos contornos dados pelo *caput* do art. 217-A e em seu §1º do CP.

Há uma nítida distinção com o delito tipificado ao teor do art. 213: não é elemento do tipo o ato de **constranger**, bastando o agente “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso” com pessoa considerada vulnerável.

#### 3.1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO MANDADO EXPRESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

Mandados de criminalização ou mandados constitucionais de penalização, são as ordens emitidas pela Constituição Federal ao legislador ordinário, no sentido de dar um tratamento mais severo a fatos já incriminados ou criminalizar obrigatoriamente determinados comportamentos e culminar as respectivas penas. Ou seja, no mandado de criminalização não há margem para discricionariedade do legislador, mas, sim, uma vinculação, pois está adstrito à disposição constitucional que estabelece uma zona de obrigatória intervenção punitiva estatal.

O Brasil se inspirou nos modelos de diversas constituições europeias, como Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, entre outras, as quais são repletas de mandados de criminalização.

Os mandados de criminalização possuem uma grande relação com a chamada teoria constitucional do Direito Penal, que significa que o direito penal só é legítimo quando tutela valores consagrados na Constituição Federal. Então, o legislador só pode criar crime e culminar penas quando ele visa proteger um valor nela consagrado.

Por exemplo, o homicídio não é crime apenas pelo fato de não poder matar alguém, mas porque a Lei Maior garante, em seu art. 5º, a inviolabilidade do direito a vida. Do mesmo modo, o furto, é criminalizado porque a Constituição assegura o direito à propriedade.

Existem duas espécies de mandados de criminalização: as tácitas e as expressas.

Nas tácitas, as ordens não estão explícitas no texto constitucional, mas ela decorre da interpretação sistemática, do espírito da constituição. Um grande exemplo de mandado tácito de criminalização, e que está em evidência atualmente, é o combate à corrupção no poder público, pois a constituição não diz para criar crimes para combater a corrupção, mas, por outro lado, existem os princípios que são vetores da administração pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que acabam por se chocar com a corrupção no poder público. Então, a ideia é essa, apesar de não restar previsto expressamente, estão inclusas implicitamente, fazendo-se necessário uma interpretação global.

Por outro lado, como o próprio nome dá a entender, ps mandados expressos de criminalização são as ordens que estão claras, evidentes, proclamados no texto constitucional. O Professor Cléber Masson explica, em sua obra, que os mandados expressos de criminalização são encontrados nos seguintes pontos da Carta Magna:

artigos 5.º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismos e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e §3.º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais), 7.º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores), **227, §4.º (abuso, violência e a exploração sexual da criança e do adolescente)** e 225 (condutas lesivas ao meio ambiente)<sup>15</sup>. g.n.

Conforme destacado, no que diz respeito ao delito de estupro de vulnerável, o art. 227, §4º, preceitua: “*A lei punirá severamente o **abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente***”.

<sup>15</sup> MASSON, Cléber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – v.1 / Cléber Masson. - 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 21/22.

Portanto, a Constituição manda criminalizar com mais severidade a conduta praticada contra crianças e adolescentes, estando tal determinação explícita no texto constitucional e, sendo assim, o Capítulo II, do Título VI do Código Penal (dos crimes sexuais contra o vulnerável) consiste em um mandado expresso de criminalização

### 3.2. BEM JURÍDICO TUTELADO

Conforme ensinam Renato Marcão e Plínio Gentil (2014, p. 45) “o que a legislação penal tem por objetivo proteger é, num sentido estrito, a liberdade sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual da pessoa”.

A dignidade sexual deriva da noção maior de dignidade, que, segundo Sarlet (*apud* Greco, 2017, p.28) é:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>16</sup>

Nesse contexto, percebe-se que a adjetivação do conceito dignidade, com o qualificativo sexual, importa em reconhecer *uma determinada dignidade*, aquela em que o respeito alheio é devido ao sujeito no que se refere à capacidade deste de se autodeterminar relativamente à atividade sexual.

Liberdade sexual é categoria mais concreta, que significa uma esfera de ação em que o indivíduo – e só ele – tem o direito de atuar, e atuar livremente, sem ingerências ou imposições de terceiros. A liberdade sexual diz respeito diretamente ao corpo da pessoa e ao uso que dele pretende fazer. Ao punir condutas que obriguem o indivíduo a fazer o que não deseja, ou a permitir que com ele se faça o que não quer com o próprio corpo, a norma penal está protegendo sua liberdade sexual.

No que diz respeito à vítima vulnerável, em razão da ausência de capacidade de consentimento, o bem jurídico protegido é a dignidade sexual, pois visa proteger o desenvolvimento das crianças e adolescentes, de modo a evitar que estes sofram danos psicológicos em razão de uma eventual atividade sexual precoce.

Nesse diapasão, pontua Cezar Roberto Bittencourt:

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o

<sup>16</sup> GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11ª Ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2017. p. 28

que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.<sup>17</sup>

No pensamento moderno a dignidade é conceituada como valor, antes que como princípio, um valor que precede os demais e que decorre da simples essência humana de todo ser. É característica inerente ao homem.

Destarte, vê-se que como bem jurídico tutelado, a formação da moral das crianças e adolescentes, de modo que, seu amadurecimento sexual necessita da proteção estatal, ao menos em determinadas faixas etárias.

### 3.3. ELEMENTO OBJETIVO E SUBJETIVO

A conduta restringida pelo legislador neste caso, caracterizando o elemento objetivo consiste em **ter** conjunção carnal ou **praticar** qualquer outro ato libidinoso com o vulnerável. Difere, portanto, do estupro comum, cujo elemento objetivo é **constranger**, mediante violência ou grave ameaça a vítima.

Por outro lado, o elemento subjetivo é representado pelo dolo genérico, demonstrado pela consciência e vontade em realizar os elementos objetivos do tipo penal. O exercício sexual seria praticado pelo sujeito ativo com o intuito único de contentamento sexual do autor.

#### 3.3.1. Conjunção carnal

CAPEZ preceitua que “conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher; ato libidinoso compreende-se, nesse conceito, outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral, anal)<sup>18</sup>”.

Cumprido mencionar, que não importa se a penetração for parcial, como se vê do julgado: “A *'imissio penis'*, mesmo parcial, sem que tenha havido o rompimento da membrana himenal, não desclassifica de consumado para tentado<sup>19</sup>”.

Assim sendo, tem-se que, ao menos na primeira parte do art. 217-A – conjunção carnal – agressor e vítima devem ser de sexos opostos, do contrário,

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (v. 4), p. 93.

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume 3. Editora Saraiva. 9ª edição, São Paulo, 2011, p. 156.

<sup>19</sup> STF, RE 100.90/RJ, 1ª T., rel. Min. Sydney Sanches, j. 4-12-1984

qualquer ato de cunho sexual diverso, caracterizará ato libidinoso, como veremos a seguir.

### **3.3.2. Ato libidinoso**

Ato libidinoso, por sua vez, é toda conduta aferida contra a vítima, capaz de satisfazer a lascívia humana, ou seja, não apenas os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral, anal), mas o toque nas partes íntimas, a fricção do pênis/vagina e, até mesmo, o beijo.

Com relação a este último, já houve decisão: *“o beijo lascivo e erótico é ato libidinoso, constituindo, portanto, o delito de atentado violento ao pudor”*<sup>20</sup>.

Não é imprescindível que o ato de libidinagem praticado conduza ou possa conduzir ao orgasmo nem a qualquer outra sensação de clímax de prazer, basta que haja aparência externa de ato voltado para esse fim, ou que o agente objetive, com a sua prática, alguma satisfação de certo modo ligado ao júbilo sexual.

### **3.4. ERRO DE TIPO**

O erro de tipo é a concepção que o sujeito tem de agir sob os padrões normativos, baseando-se em uma realidade falsa ou equivocada, que acaba por recair sobre as elementares ou a conjunção do fato típico.

Importa consignar, que erro de tipo, não se confunde com erro de proibição. Com efeito, o primeiro induz falsa percepção da realidade, ou seja, o agente ignora ou tem conhecimento equivocado da realidade, enquanto o segundo contempla o desconhecimento sobre determinado fato.

Conforme lições de Cléber Masson (2020, p. 273), “o erro de tipo se classifica em invencível, excluindo o dolo e a culpa; e vencível, que exclui o dolo, mas não a culpa, caso haja previsão da modalidade culposa”.

Nos relacionamentos sexuais consentidos pela considerada vulnerável, não é incomum nos depararmos com o problema do erro de tipo. Hoje em dia, muitas adolescentes, ainda que possuam idade inferior a 14 (catorze) anos, apresentam-se como maiores de 14 (catorze). Assim, a depender da compleição física, torna-se crível para o agente, que, então, inicia o contato sexual.

No que diz respeito ao erro de tipo, Rogério Greco ressalta a necessidade do “agressor” notar a condição da vítima possuir menos de 14 (catorze) anos ou de ser

---

<sup>20</sup> TJRJ, rel. Des. Cláudio Lima, R7534/404

incapaz de oferecer resistência, haja vista que, para incorrer no presente crime, o dolo é indispensável; do contrário, poderá o autor invocar o erro de tipo que, analisando o caso concreto, resultará na atipicidade da conduta ou desclassificação, em havendo emprego de violência ou grave ameaça, que no caso seria a aplicação da pena do estupro nos moldes do art. 213 do Código Penal.

Para elucidar tal afirmação, GRECO nos descreve a seguinte situação:

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, mantendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça<sup>21</sup>.

Diante disso, conforme o caso concreto, nos termos do art. 20 do Código Penal, inexistindo dolo, o acusado deve ser absolvido, pois não há previsão legal de estupro na modalidade culposa.

Existe a possibilidade, ainda, caso haja o emprego de violência ou da grave ameaça, de desclassificação do crime de estupro de vulnerável, para o crime de estupro comum. Assim, a título de exemplo, se o criminoso acredita fielmente que a vítima seja maior de 14 (catorze) anos, e esta possui características que o levem a crer, agindo ele com dolo em cometer o crime, haverá a desclassificação para o crime de estupro, em razão de ter incorrido em erro de tipo.

#### **3.4.1. Recente polêmica acerca do “estupro culposo”**

Impossível debater o erro de tipo no crime de estupro de vulnerável sem comentar, ao menos sucintamente, a recente polêmica divulgada amplamente nas mídias jornalísticas acerca da suposta sentença condenatória por “estupro culposo”, que teria sido prolatada por um Magistrado de 1º grau do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na ação penal pública incondicionada n.º 0004733-33.2019.8.24.0023, que figurou como vítima a jovem Mariana Borges Ferreira e réu André Camargo Aranha.

De saída, como já acentuado no tópico anterior, não existe no ordenamento jurídico a figura do que se chamou de “estupro culposo”, notadamente porque só se pode punir alguém na modalidade culposa, caso haja previsão legal, decorrência lógica

---

<sup>21</sup> GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11ª Ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2017. p. 1.188

dos princípios da reserva legal e anterioridade da lei penal, o que não é o caso dos crimes contra a dignidade sexual.

No entanto, após acessar a sentença do caso (decisão divulgada na mídia, registre-se), foi possível visualizar que o termo “estupro culposo” foi nada mais do que sensacionalismo midiático, eis que nem a defesa, nem o Ministério Público e tão pouco o Juiz utilizaram referido termo, havendo, pois, uma descontextualização (ou má interpretação) da decisão que julgou o mérito do processo.

Com efeito, todo murmurinho resultou do fato do agente signatário do Ministério Público ter opinado pela absolvição do réu, utilizando como um dos seus argumentos o erro de tipo, que, repise-se, é conceituado por Masson (2020, p. 272) como a “falsa percepção da realidade acerca dos elementos constitutivos do tipo penal”.

Extrai-se, que se imputou ao réu o crime tipificado no artigo 217-A, §1º, do Código Penal, que tem como elemento constitutivo do tipo “**praticar conjunção carnal**” ou “**ato libidinoso**” com alguém que, por “**enfermidade mental**”, “**não tem o necessário discernimento para a prática do ato**”, ou que, por qualquer outra causa, “**não pode oferecer resistência**”. Ou seja, na ausência de violência real, o ato libidinoso ou conjunção carnal deve ser praticado contra alguém que seja incapaz de oferecer resistência.

Na espécie, o d. Promotor de Justiça entendeu (*opinio delicti*) que as provas coligidas nos autos não foram capazes de demonstrar o estado de incapacidade/vulnerabilidade da vítima ou que o acusado errou (leia-se: teve uma falsa percepção) acerca da capacidade da vítima. Nesse sentido, conforme disposição do art. 20 do CP: “*o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei*”.

Logo, excluído o dolo, o fato resultou em atipicidade da conduta, já que, como suso mencionado, não há previsão legal do crime de estupro na modalidade culposa, revelando que o que ocorreu foi apenas uma descontextualização dos fatos, realizada por alguém que não é afeto ao direto.

Saliento, que não quero aqui analisar se o mérito foi analisado de forma justa, conforme a verdade real dos fatos, até porque não temos acesso integral as provas produzidas nos autos. A intenção é apenas registrar o equívoco do que fora divulgado, e debater um pouco mais acerca do erro de tipo e como ele pode ser utilizado para excluir sua tipicidade.

### **3.5. FORMAS QUALIFICADAS**

O crime de estupro de vulnerável, assim como no estupro comum, conhece suas formas qualificadas pelo resultado, de acordo com a previsão dos parágrafos 3º e 4º do art. 217-A do CP.

Como é cediço, é dispensável o emprego de violência ou grave ameaça no estupro contra vulnerável. Todavia, em existindo a violência, e se desta resultar lesão corporal de natureza grave ou a morte da vítima, estaremos diante do estupro de vulnerável qualificado pelo resultado, culminando na alteração a pena *in abstracto*, para 10 (dez) a 20 (vinte) anos e 12 (doze) a 30 (trinta) anos, respectivamente.

### **3.6. CAUSAS ESPECÍFICAS DE AUMENTO DE PENA**

A causa de aumento, chamada também de majorante, é utilizada na terceira fase da dosimetria da pena, após já fixada a pena base e analisada as agravantes e atenuantes para incrementar a punição, decorrem de situações que torna o crime ainda mais repugnante.

O art. 226 do CP comum aos crimes composto no Título VI, prevê duas causas de aumento: a primeira se o crime for cometido em concurso de pessoas, a pena é aumentada de quarta parte; A segunda, sendo, o sujeito ativo ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer título tenha autoridade sobre ela, a pena é aumentada de metade.

Há ainda, as novas causas de aumento de pena trazidas pela lei nº 12.015/2009, a serem aplicadas aos crimes de estupro e estupro de vulnerável, prevista ao teor do art. 234-A, incisos III e IV, que dispõe que, se do crime resultar gravidez, a pena será aumentada de metade; e de um sexto até metade, se da prática do crime resultar transmissão de doença sexualmente transmissível de que se sabe, ou deveria saber ser portador, para a vítima.

### **3.7. CRIME HEDIONDO**

Os crimes hediondos são aqueles entendidos como os que merecem maior reprovabilidade, tendo em vista as suas características, que são vistas como bárbaras, asquerosas, repugnantes, ou seja, consideradas mais graves e revoltantes perante a sociedade.

Há previsão constitucional a respeito dos crimes hediondos, portanto, trata-se que mandado expresso de criminalização, como outrora explicado.

Dispõe o art. 5º, inciso XLIII da Carta Magna:

“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 hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

O crime de estupro de vulnerável, em todas as duas modalidades, é considerado hediondo, com previsão legal no inciso VI, do art. 1º da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos).

Além das consequências previstas na Constituição Federal – inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia –, a referida lei impões que será insuscetível de indulto e que a progressão de regime ocorrerá de forma diversa dos crimes comuns.

Antes, era necessário o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o condenado for primário, e de 3/5 (três quintos), nos casos em que for reincidente; agora, com a inovação trazida pela Lei 13.964 (“Pacote anticrime”), conta-se em porcentagem, sendo necessário o cumprimento de 40% (quarenta por cento) se o agente for primário e 60% (sessenta por cento) no caso do agente ser reincidente, sendo certo, ainda, que se do crime resultar morte, esse tempo se eleva, para progredir de pena o sujeito primário deverá cumprir 50% (cinquenta por cento) da pena, enquanto o reincidente deverá cumprir 70% (setenta por cento) da reprimenda.

### **3.8. VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DA VÍTIMA**

Na busca da verdade real e, conseqüente, apuração da materialidade e autoria delitiva, a prova é um elemento imprescindível que é usado para comprovar as alegações das partes no processo, sendo, portanto, um meio de influenciar no convencimento do julgador.

Conforme se extrai do art. 155 e ss. do Código de Processo Penal, admite-se inúmeros elementos de prova, como por exemplo, perícias, documentos, depoimentos, interrogatórios, dentre outros.

*A priori*, ao nos depararmos com o crime de estupro, parece ser fácil verificar, ao menos, a materialidade do crime. Ocorre que, no conceito moderno (atual) do delito estupro, está incluso a prática de atos libidinosos, estes que, na maioria absoluta das vezes, não costumam deixar vestígios, como, por exemplos, os toques, carícias, beijos etc.

Até mesmo a conjunção carnal por muitas vezes não é passível de constatação por meio de exame de corpo de delito, chamado, nesses casos, de exame para constatação de violência sexual, pois existem diversas espécies de himens, dentre estes, o hímen complacente, que nas lições de Genival Veloso de França (2017, p. 690), consiste “naquele hímen que permite a conjunção carnal sem romper-se por ser dilatável, distensível ou elástico, e que permite a cópula sem se romper”. Ainda, a constatação é muito difícil quando a vítima mantém uma vida sexual ativa.

Do mesmo modo, a autoria, pois nos crimes de cunho sexual, dificilmente há testemunha presencial que possa afirmar os abusos e ameaças sofridas pela vítima, tendo em vista que a própria natureza do delito faz com que o agente se acautele, praticando-o às escondidas, de modo que a palavra da vítima, em sede dessa natureza, é de suma relevância, quando ausentes contradições ou omissões, constituindo-se prova valiosa capaz de embasar o decreto condenatório, quando em consonância com as demais provas constantes nos autos.

Nesse sentido, transcreve-se trecho de um julgado recente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, nos autos da ação penal n.º 0003685-61.2017.8.11.002

APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE - INSUBSISTÊNCIA – REALIDADE DELITIVA E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS PELO CONTEXTO PROBATÓRIO – DELICTA FACTI TRANSEUNTIS – PALAVRAS DA VÍTIMA CORROBORADA POR DECLARAÇÕES DE SUA GENITORA – ABSOLVIÇÃO INVIABILIZADA – READEQUAÇÃO A PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA AS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – OCORRÊNCIA DE TRAUMAS PSÍQUICOS VEEMENTEMENTE GRAVES À VÍTIMA - FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL À PENA COMINADA AO CRIME COMETIDO - RECURSO DESPROVIDO. Nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima é de suma importância para o esclarecimento dos fatos, considerando a maneira como tais delitos são cometidos, ou seja, na clandestinidade, e goza da presunção de veracidade quando se apresenta coerente e encontra respaldo no elenco probatório, sendo, portanto, suficiente para alicerçar a condenação, como no vertente se apresenta. Pena-base exasperada em 01 (um) ano em razão da circunstância judicial “consequências do crime”, cuja fundamentação se apresenta apta a elevar a pena, em razão dos traumas psíquicos veementemente graves causados à vítima, devidamente comprovado pelo estudo psicossocial realizado. O aumento aplicado (um ano), considerando a presença de uma circunstância desabonadora, se apresenta proporcional à pena cominada ao crime, que é de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, inclusive abaixo da fração de 1/6 jurisprudencialmente aplicada, em face da ausência de previsão legal. (TJMT. N.U 0003685-61.2017.8.11.0026, CÂMARAS ISOLADAS

CRIMINAIS, RUI RAMOS RIBEIRO, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 21/10/2020, Publicado no DJE 24/10/2020)<sup>22</sup>

Portanto, em meio aos inúmeros meios de provas admitidos pelo Código de Processo Penal, a palavra da vítima é, sem dúvidas, a mais importante, e na maioria das vezes, suficiente para embasar a condenação, frente à negativa do agente acusado.

---

<sup>22</sup> Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=palavra%20da%20v%C3%ADtima%20estupro%20de%20vulner%C3%A1vel&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&k=jpxlnb> <acesso em novembro de 2020>

#### **4. ANÁLISE DO ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA (ANTES DA LEI 12.015/2009) E DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL (APÓS A LEI 12.015/2009), E DEBATES ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO.**

Inicialmente, para uma melhor dinâmica do presente trabalho, necessário fazer uma breve explicação, pontuando as alterações feitas pela lei em epígrafe, bem como fazendo sucintas comparações, especificamente no que tange aos crimes de estupro (conjunção carnal) e atentado violento ao pudor (atos libidinosos), combinados com a violência presumida (art. 224 do CP), e o crime de estupro de vulnerável, que adveio da lei nº 12.015/2009.

A lei nº 12.015/2009 alterou o contexto dos crimes sexuais, começando pelo Título VI da Parte Especial do Código Penal, que anteriormente tratava dos “crimes contra os costumes”, hoje, diz-se “crimes contra a dignidade sexual”.

Conforme Greco, “a expressão *crimes contra os costumes* já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da dignidade sexual<sup>23</sup>”.

A meu ver, mudança totalmente adequada, tendo em vista que o Código Penal que nos rege é emanado pelo decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro 1940, tendo entrado em vigor no ano de 1942, ou seja, passados quase setenta anos, não seria de bom tom se falar em crimes contra os costumes, tendo em vista que estes se alteram com o passar do tempo.

Na sequência, apontarei apenas as mudanças que diz respeito aos vulneráveis, mais precisamente dos menores de 14 (catorze) anos de idade.

##### **4.1. CRIME DE ESTUPRO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009**

O art. 213 vigorava com a seguinte redação: “*Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*”.

Na redação original do Código Penal, o estupro era crime próprio (ou especial), pois somente podia ser praticado pelo homem. De fato, a lei falava em “constranger

---

<sup>23</sup> GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11ª Ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2017. p. 1.120

mulher à conjunção carnal”, razão pela qual a execução do delito pela pessoa do sexo masculino, sozinha ou com outrem, era obrigatória<sup>24</sup>.

Assim, verifica-se que o sujeito ativo do crime era o homem. Não obstante, admitia-se a figura da mulher como sujeito ativo, quando, por exemplo, fosse a mandante ou auxiliar na execução.

Notadamente, o sujeito passivo só podia ser mulher, dada a antiga redação, que dizia em seu *caput*: **constranger mulher**. Nesse contexto, o homem só podia figurar como vítima do crime de atentado violento ao pudor, que tratava do constrangimento a prática de atos libidinosos.

#### 4.2. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009

Com o advento da lei nº 12.015/2009, houve inúmeras modificações, sendo uma delas a fusão, em um único delito, das condutas outrora tipificadas nos artigos 213 e “214<sup>25</sup>”, ocorrendo o fenômeno do princípio da continuidade normativa típica, passando, o delito de estupro, a vigorar com a seguinte redação: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter **conjunção carnal** ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro **ato libidinoso***”.

Dessa forma, o estupro deixou de ser crime bi-próprio, para ser bi-comum, pois pode ser cometido por qualquer pessoa, seja ela do sexo masculino ou feminino. Mas, importante destacar que, segundo Cleber Masson (2015, p. 97): “na modalidade *constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal*, o estupro subsiste como crime próprio (ou especial), pois a lei continua a exigir que a relação heterossexual: homem como autor e mulher como vítima ou vice-versa”.

Faz-se necessário ressaltar, que não houve *abolitio criminis* no que tange ao crime de atentado violento ao pudor, mas sim a continuidade normativo-típica, pois a conduta incriminadora não deixou de existir, apenas migrou para o art. 213, e como é cediço, para que o crime seja abolido faz-se necessário a revogação formal do tipo penal, junto com a supressão material do fato criminoso, o que não ocorreu.

<sup>24</sup> MASSON, Cléber. Direito Penal Esquematizado. 5ª Ed. São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 96

<sup>25</sup> Revogado pela Lei nº 12.015/2009, cuja redação descrevia *in verbis*: “Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele e pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

### 4.3. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA

A tutela no campo sexual expande-se, com maior preocupação, em relação às pessoas incapazes de externar seu consentimento. Diferentemente do modelo comum de estupro, que significa ter conjunção carnal ou praticar atos libidinosos mediante violência ou grave ameaça, a redação original do Código Penal, presumia-se a violência quando a vítima tinha idade inferior a catorze anos, era alienada ou débil mental.

Nesse sentido, para se punir com maior gravidade o agente que praticava conjunção carnal ou ato libidinoso com o menor de catorze anos, fazia-se necessário combinar os artigos 213 ou 214, com o art. “224, alínea a<sup>26</sup>”. Com isso, considerava-se violenta a relação sexual do agente com pessoa menor de 14 anos ou que contasse com outra espécie de deficiência no consentimento.

Houve um grande debate quanto à natureza da presunção de violência, conforme veremos.

#### 4.3.1. Divergências jurisprudenciais acerca da presunção de violência, se absoluta ou relativa.

Certamente, a discussão acerca da qualidade da presunção de violência surgiu: se absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (possibilitando a prova em contrário). Tal debate de dava, em particular, no contexto da idade, pois, quando aos alienados em geral e pessoas com capacidade diminuída dependia-se, na maioria das vezes, de prova pericial. Mas, apurada a enfermidade ou incapacidade, considerava-se absoluta a presunção. Em suma, a pessoa menor de 14 anos (com 12 ou 13 anos, por exemplo), mantendo relação sexual com maior de 18, teria sido vítima de estupro necessariamente? Fosse a presunção absoluta, a resposta era positiva. Fosse relativa, dependeria de prova<sup>27</sup>.

Esse foi um grande debate jurisprudencial, para alguns tribunais a presunção era absoluta e não comportava prova, para outros, seria relativa e admitia prova em contrário, fazendo-se necessário a análise do caso concreto.

---

<sup>26</sup> Revogado pela Lei nº 12.015/2009, cuja redação descrevia *in verbis*:

“Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

a) Não é maior de catorze anos”

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5ª Ed. Rio de Janeiro: FORENSE. 2014, p. 112

#### 4.3.1.1. Presunção absoluta

A jurisprudência majoritária defendia que a vulnerabilidade possuía caráter absoluto, nesse sentido são os julgados:

**STF:** “1. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter absoluto da presunção de violência no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, “a”, do CP, com redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima. Precedentes.” (RHC 97664 Agr/DF, 2ª Turma. Rel. Min. Teori Zavascki, Dj 09.10.2013, v.u.)<sup>28</sup>.

**STJ – 5ª Turma:** “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, “a”, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta” (HC 200916/MG, 5ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 21.06.2011, v.u.)<sup>29</sup>.

Percebe-se, pois, que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça – este último com divergências entre turmas – entendiam que a vítima não tinha o condão de consentir para o ato sexual e, por isso, a presunção de violência, antigamente prevista ao teor do artigo 224, possuía caráter absoluto.

#### 4.3.1.2. Presunção relativa

As turmas do Superior Tribunal de Justiça partilhavam de opiniões divergentes, acima vimos as que entendiam que a presunção de violência possuía caráter absoluto, agora veremos as que entendiam tratar-se de presunção relativa, admitindo, assim, prova em contrário, vejamos:

**STJ:** “1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, “a”, do Código Penal (hoje revogado pela Lei 12.015/2009), deve ser relativizada conforme situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. Precedentes. 2. O Tribunal de origem, ao preservar a *decisum* absolutório de primeiro grau fundou razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que teria consentido com os atos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu. 2. Acrescentou que a Corte de origem, que a

<sup>28</sup> Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274544/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporum-rhc-97664-df-stf/inteiro-teor-111961600> <acesso em: novembro de 2020.>

<sup>29</sup> Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21029262/habeas-corporum-hc-200916-mg-2011-0060209-0-stj/inteiro-teor-21029263> <acesso em: novembro de 2020.>

menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria a inocência necessária nos moldes a caracterizar a hipótese prevista na alínea “a” do art. 224 do Código Penal. 4. Diante da existência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida. 5. Ressalta-se que as conclusões acerca do consentimento da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão da óbice da Súmula 7 desta Corte. 6. Recurso a qual se nega provimento” (REsp 637361/SC, 6ª Turma. Rel. Min. Og Fernandes, 01.06.2010, v.u.)<sup>30</sup>.

Cumprido ponderar, que o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso já realizou julgamento convergindo com o entendimento minoritário, no sentido da presunção de violência possuir caráter relativo. Vejamos:

**TJ-MT:** “O estupro pressupõe constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça (art. 213, do CP). Nos casos em que o estupro disser respeito a menores de 14 anos de idade, a presunção de violênciainserida no art. 224, a, do CP, deverá ser considerada *juris tantum*, isto é, de caráter relativo. Em casos excepcionalíssimos, o consentimento da vítima há que ser levado em consideração, quando se tratar de menor que possui madureza suficiente para anuir com o ato, manifesta o desejo de continuar relacionamento amoroso com o agente, o conjunto probatório deixar indene de dúvidas não ter havido qualquer espécie de violência e a conduta do agente demonstrar consideração e respeito pelas vontades da vítima, inclusive interrompendo incontinenti ato sexual no momento em que esta sentiu desconforto com o mesmo” (Ap 19703/2010, Des. Juvenal Pereira da Silva, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 16/11/2010, Publicado no DJe 29/11/2010)<sup>31</sup>.

#### 4.4. ORIGEM DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Buscando sanar os entendimentos conflitantes acerca da relativização da violência, constrói-se o tipo penal autônomo do art. 217-A, intitulando-o *estupro de vulnerável*. Observa-se, portanto, que o incapaz de consentir validamente para o ato sexual obteve uma denominação própria: *vulnerável*.

O estupro de vulnerável representou uma das mais importantes inovações promovidas pela Lei 12.105/2009. Com a criação do art. 217-A, aboliu-se a presunção de violência nos crimes sexuais, mediante revogação do art. 224 do Código Penal.

Percebe-se, pois, que a ideia do legislador era acabar com a discussão acerca da relativização da violência, tornando-a absoluta. Tanto é assim, que a justificativa do projeto que originou a Lei 12.015/2009 foi emitida nos seguintes termos:

Esse artigo [217-A], que tipifica o estupro de vulnerável, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é

<sup>30</sup> Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029401/recurso-especial-resp-637361-sc-2004-0036666-5-stj/relatorio-e-voto-15029403> <acesso em: novembro de 2020.>

<sup>31</sup> Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/328568419/apelacao-apl-197038520108110000-19703-2010> <acesso em: novembro de 2020.>

absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; **sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática**<sup>32</sup>.

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci leciona que, mesmo após a edição do novo tipo penal, a discussão ainda se mantém:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade<sup>33</sup>.

Apesar da intenção de encerrar as discussões, no que diz respeito ao grau da incapacidade ou capacidade para consentir os atos sexuais, o legislador não observou o fato de que a sociedade está em incessante transformação. Essas mudanças abrangem as crianças e adolescentes não só no aspecto psicológico, mas físico, tendo em vista que esses menores impúberes que há algum tempo atrás eram franzinos, atualmente estão com o porte físico extremamente desenvolvido.

É notório que esses menores não querem mais se divertir saudavelmente como antes, mas, querem gradativamente se portar como adultos, voltando-se para a tecnologia, redes sociais, inclusive, não raro, tiram fotos delas mesmas, às vezes praticamente despidas, e postam em diversas redes sociais. Vê-se, então, que a nova redação da lei 12.015/2009, não foi capaz de acompanhar as referidas mudanças, pois fechou os olhos para a evolução da sociedade.

Com a nova redação, o legislador deixou claro que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, mesmo com seu consento, é um fato típico, pois, ao criar um título novo para esse delito, o legislador impôs a natureza absoluta.

---

<sup>32</sup> <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html> <acesso em: novembro de 2020.>

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – comentários a lei 12.015, de 7 de agosto 2009, p.37.

No entanto, apesar da vulnerabilidade trazida pelo artigo 217-A ter caráter objetivo, há de haver a relativização em determinados casos, a ponto de não voltarmos a ter a chamada presunção de violência, afastando assim a tipicidade da conduta em determinadas situações.

Nesse sentido também, são as palavras de João José Leal e Rodrigo José Leal:

[...] a exemplo da violência presumida, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Essa é uma questão delicada, mas cremos que, em casos especiais, é possível admitir-se a exceção à regra, desde que essa condição de experiência sexual do sujeito passivo venha a constituir um fator determinante para o agente incidir em erro de tipo. É evidente que o menor precocemente amadurecido nas coisas do sexo, seja qual foi o motivo que conduz a essa lamentável condição, não deixa de merecer a proteção especial do Direito. Mas pode perder o seu estado de inocência e de ingenuidade, ou seja, de “pessoa vulnerável”, que é o fundamento ético-jurídico do princípio da proteção integral, principalmente se aparentar a idade superior e complexão física precocemente desenvolvida. Nesses casos, a inexistência de violência real ou grave ameaça podem eliminar a tipicidade da conduta de manter relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos de idade<sup>34</sup>.

Não só doutrinariamente essa discussão se manteve, mas entre jurisprudência também, pois apesar do Superior Tribunal de Justiça afirmar que a vulnerabilidade descrita ao teor do art. 217-A do Código Penal, assim como a antiga presunção de violência, possui caráter absoluto, isto é, pouco importa o consenso da vítima, vários tribunais estaduais estão relativizando essa vulnerabilidade, assim como algumas Vara Criminais da 1ª instância.

#### **4.5. COMO ENTENDIA A VARA ESPECIALIZADA DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DA CAPITAL DE MATO GROSSO – 14ª VARA CRIMINAL DE CUIABÁ**

Convém ressaltar, que o Juízo competente para processar e julgar os crimes contra a dignidade sexual na Capital do Estado de Mato Grosso, qual seja, a 14ª Vara Criminal, vinha entendendo, até a edição da Súmula 593 do STJ, que a vulnerabilidade descrita no *caput* do art. 217-A do Código Penal deveria ser analisada caso a caso, assim, absolvía o réu nas situações que entendia que a vítima, apesar de ser menor de 14 (catorze) anos, era capaz de entender o ato que praticava, e, assim, capaz de consenti-lo.

---

<sup>34</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado: estupro comum e a figura do estupro de vulnerável. Revista IOB de Direito Penal Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 58, out. 2009, p. 33

Nesse contexto, para melhor situá-los, transcrevo trechos da decisão proferida pela referida vara criminal, em um caso que houve consentimento da vítima para a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal:

Do exame detido nos autos, ressaí que, apesar de presente a materialidade do delito – que exsurge do laudo de Constatação de Violência Sexual de fls. 43/46 –, assim como de inexistir dúvida acerca da autoria atribuída ao denunciado, conforme narrado pela vítima e pela testemunha M.G.F. (fls. 15/16,18/19, 35 e mídia de fl. 137), o fato é que não se pode pretender reconhecer a presunção de violência estabelecida na norma incriminadora, sem que, *cum grano salis*, seja avaliada a maturidade física e psicológica da suposta vítima para consentir e praticar o ato sexual, sob pena de se apenar com extremo rigor o acusado, que nem de longe praticou qualquer violência ou coação para que, durante o relacionamento que manteve com a vítima, praticasse com ela atos libidinosos.

(...) Diante desse quadro fático, conforme alhures exposto, entendo que não há como acolher a pretensão esposada na inicial acusatória, já que, apesar de restar demonstrada a tipicidade formal da conduta prescrita no tipo incriminador, igual sorte não se verifica em relação a tipicidade material, porquanto não há que se falar em violação ao bem juridicamente protegido, qual seja, a dignidade sexual da vítima, que, como se viu, apesar da idade na época dos fatos, possuía maturidade para consentir com a prática do ato sexual, além de compreender as consequências que dele poderiam advir, o que autoriza a relativizar a presunção da vulnerabilidade prevista na norma penal, analisada a conduta do ofensor de acordo com o princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima.

(...) Ante todo o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na denúncia e ABSOLVO o denunciado R. P. J., devidamente qualificado nos autos, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal<sup>35</sup>.

Percebe-se, pois, que para aquele Juízo, poderiam ser cometidas imensuráveis injustiças se toda ação que envolvesse relação sexual com o vulnerável não fosse analisado caso a caso, de modo a tornar imprescindível a análise do caso concreto, tornando a aplicação da norma penal mais justa e proporcional.

Cumprido ressaltar, ainda, que o próprio Ministério Público Estadual, por intermédio da 27ª Promotoria Criminal, quando seu titular era a recém-aposentada Dra. Ducilei Maria Soares Ribeiro Ambrósio, compartilhava do mesmo entendimento e pedia a absolvição ao verificar que a vítima, nada obstante ser menor de 14 (catorze) anos, possuía capacidade suficiente para consentir para a prática de um ato libidinoso, ou mesmo a conjunção carnal<sup>36</sup>.

Desse ressaltar que o próprio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso já decidiu inúmeras vezes pela possibilidade de flexibilizar a vulnerabilidade, a depender do caso concreto, dessarte, admitindo prova em contrário, senão, vejamos:

RELACIONAMENTO AMOROSO, COM CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO LEGAL DE VULNERABILIDADE, EM DECORRÊNCIA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE –

<sup>35</sup> Sentença prolatada nos autos nº 17811-44.2012 – Código nº 336686

<sup>36</sup> Informação obtida em razão de estagiar no Ministério Público Mato-grossense.

ABSOLVIÇÃO MANTIDA – CONDENAÇÃO PELO CRIME DE LESÃO CORPORAL NO AMBIENTE DOMÉSTICO [ART. 129, §9º, CP] – ALMEJADA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – RETIFICADA A DOSIMETRIA COM NEGATIVIZAÇÃO APENAS DOS MOTIVOS DO CRIME – PENA BASILAR LEVEMENTE RECRUDESCIDA – PROVIDÊNCIA DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAR A PENA FINAL E DEFINITIVA QUE FOI ESTABELECIDADA ERRONEAMENTE – RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO COM PROVIDÊNCIA DE OFÍCIO. **Apesar de o legislador ter adotado o critério objetivo etário para determinar a vulnerabilidade da vítima nos delitos sexuais, deve-se sopesar a conduta do agente com os princípios da fragmentariedade e intervenção mínima ainda mais quando, no caso concreto, a vítima demonstra consentimento em praticar a relação sexual no âmbito de um convívio estável, em que a mulher insistiu nesse relacionamento.** Analisada a fundamentação da pena-base, restando apenas uma circunstância judicial desfavorável, impõe-se exasperar minimamente a pena nessa primeira fase, retificando de ofício o provimento judicial para corrigir a pena final imposta. (TJMT – Ap 92564/2015, Des. Gilberto Giraldeoli, Terceira Câmara Criminal, julgado em 23/09/2015, Publicado no DJE 01/10/2015)

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – BUSCA PELA CONDENAÇÃO DO APELADO PELA TIPICIDADE DA CONDUTA ANTE A IRRELEVÂNCIA DA VONTADE MÚTUA DO ATO SEXUAL – IMPERTINÊNCIA – NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO LEGAL DE VULNERABILIDADE, PELO IMPERATIVO DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE – PELO DESPROVIMENTO DO APELO. **A adoção isolada do critério etário para determinar a capacidade de consentimento da vítima com a prática de atos sexuais pode resultar em injusta aplicação da reprimenda penal, ainda mais quando, no caso concreto, reste demonstrada sua maturidade física e psicológica, bem como, que o ato sexual ocorreu no âmbito de um relacionamento afetivo estável. Nessa hipótese, porque socialmente aceita, a conduta não atrai a atuação do Direito Penal, invocada apenas como “ultima ratio” do ordenamento jurídico.** (TJMT – Ap 92377/2013, Des. Rondon BassilDower Filho, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 22/07/2014, Publicado no DJE em 31/07/2014)

Percebe-se, pois, que o argumento trazido para tornar possível a relativização da vulnerabilidade em casos excepcionais, é que as crianças e adolescentes estão cada vez mais desenvolvidos física e psicologicamente, aliado aos princípios norteadores do direito penal, dentre eles, a adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade.

#### 4.6. SÚMULA 593 DO STJ

Prova substancial de que as divergências permaneceram mesmo após a alteração feita pela Lei 12.015/2009, foi a necessidade de edição, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula 593, que preceitua:

O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção arnal 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.

Súmula, como cediço, trata-se de um verbete que registra a interpretação pacífica ou majoritária adotada por determinado Tribunal, a despeito de um tema específico. Entrementes, por não se tratar de súmula vinculante, não possui o teor obrigatória, prevalecendo a livre convicção do juiz, que tem liberdade para se convencer de acordo com as provas e aplicar o melhor direito, devendo ser respeitado a sua independência funcional.

Tanto é assim, que cito, como exemplo, o juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Jaciara/MT, que, diante da sua livre convicção, flexibilizou a vulnerabilidade de adolescente maior de 12 (doze) anos, que tinha um relacionamento estável com um agente, para prolatar sentença absolutória, no seguinte teor:

De acordo com os depoimentos transcritos, é possível concluir que os atos praticados entre o acusado e a vítima foram de forma consentidas. Assim, a conduta do acusado não teve o condão de violar a dignidade sexual da vítima, e, ainda, verifica-se que a menor tinha consciência da conduta que praticava, possuía maturidade o suficiente para discernir o que seria um ato sexual, e, conseqüentemente, capacidade suficiente de consentir ou não para este ato, de modo a descaracterizar o abuso e relativizar a vulnerabilidade (...) Por consequência, o ABSOLVER do crime descrito no artigo 217-A, caput, c/c artigo 71, (inúmeras vezes), ambos do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VI, 2ª parte, do Código de Processo Penal<sup>37</sup>.

Não apenas juízes de piso, alguns Tribunais Pátrios continuam entendendo que o caráter da vulnerabilidade é relativo, permitindo a flexibilização da norma em casos excepcionais, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdãos publicados recentemente (2020 e 2019), sustentando que não se pode tratar todos os casos de forma idêntica, em um marco teórico imutável:

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. Estupro de vulnerável. Relativização. Possibilidade, no caso. Absolvição. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima em delitos sexuais, com a absolvição do acusado, diante das peculiaridades do caso concreto. Na hipótese dos autos, a vítima, embora menor de 14 anos à data do fato, deixou evidente sua vontade e consentimento em manter relações sexuais com o acusado. O fato não conduz, assim, à conclusão condenatória. Absolvição que se impõe. Embargos acolhidos, por maioria. (TJRS; EI-ENul 0120832-91.2019.8.21.7000; Proc 70081489239; Nova Petrópolis; Quarto Grupo de Câmaras Criminais; Relª Desª Fabianne Breton Baisch; Julg. 24/07/2020; DJERS 26/10/2020)

---

<sup>37</sup> Decisão prolatada nos autos de numeração única 3336-43.2016.811.0010 – Código 82235, no dia 21/03/2019.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. Relacionamento entre réu e vítima. Absolvição mantida. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que contava com 13 anos à data do fato e, desde o início, deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à prática do fato descrito na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somadas à comprovação de relacionamento afetivo entre réu e vítima que perdura até os dias de hoje, não conduzem à conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, é caso de manutenção da absolvição dos réus. Apelação desprovida. (TJRS; APL 0273775-93.2019.8.21.7000; Proc 70083018663; Júlio de Castilhos; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry; Julg. 21/11/2019; DJERS 17/12/2019)

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. (I) Em que pese a existência de entendimento dos Tribunais Superiores sobre a presunção de vulnerabilidade em relação ao delito de estupro praticado contra menores de 14 anos, é possível a relativização de tal elemento. Não é possível tratar todos os casos de forma idêntica com base em um marco etário imutável, uma vez que o direito penal lida com fatos e circunstâncias únicas em cada ação penal, impondo-se uma análise detalhada de cada situação. (II) no caso dos autos, há demonstração de que réu e vítima eram namorados ao tempo do fato, ausente qualquer elemento de coação física ou moral, tendo constituído família que resiste até o presente momento, mostrando-se inviável a condenação, que viria unicamente em prejuízo do núcleo familiar. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS; APL 0186637-88.2019.8.21.7000; Proc 70082147281; Cacequi; Sétima Câmara Criminal; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Viviane de Faria Miranda; Julg. 19/09/2019; DJERS 07/10/2019)

E mais ainda, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso publicou no último dia 04.11.2020, acórdão em que relativizou a vulnerabilidade de adolescente, ao argumento de que não se deve aplicar a norma indistintamente, devendo-se preservar os valores constitucionais, como, por exemplo, o direito à convivência familiar, de modo que os valores devem ser sempre ponderados, sob pena de haver um grau de injustiça insuportável, veja:

REAPRECIÇÃO DE APELAÇÃO CRIMINAL EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGADA DESCONFORMIDADE COM ENTENDIMENTO DO STJ (TEMA 918). ACÓRDÃO ABSOLUTÓRIO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. "DISTINGUISHING". RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. JULGADOS DO STJ E DO TJMT. PRESERVAÇÃO DO JULGAMENTO COLEGIADO. RATIFICAÇÃO. Havendo verdadeiro distinguishing, cabe ao tribunal adotar o precedente ou não, subsumindo-se o fato em julgamento ao paradigma (ROSA, Luísa Walter da. Para quê serve o distinguishing no processo penal? - www. Emaiseditora. Com. Br). Mostra-se necessário que haja uma reserva de justiça, em observância aos valores constitucionais, como a proteção da família e o direito à convivência familiar, não sendo razoável aplicar a literalidade do art. 217-A do CP sem uma ponderação de valores, sob pena de haver um grau de injustiça insuportável. (Rodrigo Victor Foureaux Soares, juiz de Direito. Arquivada denúncia de estupro de vulnerável de réu que constituiu família com vítima - www. Tjgo. Jus. Br). [...] em certos julgamentos o juiz deve buscar a solução que atenda com mais justiça as necessidades da vida, e não apenas aquelas que cumprem os ditames formais da Lei (TJMT, RvC N.U 1009120-09.2019.8.11.0000). (TJMT; Rec. 0004880-22.2018.8.11.0002; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Marcos Machado; DJMT 04/11/2020; Pág. 116)

Assim, em que pese a edição da novel Súmula, não raro nos deparamos com julgados em que há a relativização da vulnerabilidade, pois, repise-se, enunciados de súmula consistem em uniformização de determinado tribunal superior a respeito de determinado caso, no entanto, cabe ao julgador de piso avaliar a situação concreta posta em análise, pois cada fato guarda sua particularidade; é o que chamamos de *distinguishing*, termo utilizado no julgado suso mencionado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

Fridie Didier Jr. (2013, p. 454) ensina que “pode-se utilizar o termo ‘distinguish’ em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish-método*); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish-resultado*)”.

Conclui-se que o *distinguishing* confere ao magistrado, portanto, uma válvula de escape em relação ao efeito compulsório dos precedentes, quando se constatar, no caso concreto, que suas características diferem entre si.

#### **4.7. CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE: EXCLUSÃO DE TIPICIDADE**

Para que haja uma sentença absolutória, o julgador deverá se ater e fundamentá-la em uma das hipóteses taxativas previstas no art. 386 do CPP, quais sejam:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Ao analisarmos a sentença absolutória prolatada pelo Juízo da 14<sup>a</sup> Vara Criminal da Capital Mato-grossense, colocada no tópico 4.5 deste trabalho, vê-se que fora fundamentada no inciso III, do art. 386 do CPP, qual seja: “não constituir o fato infração penal”.

*A priori*, soa estranho falarmos em inexistência de crime, pois a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos está tipificada no art. 217-A do Código Penal.

No entanto, a tipicidade penal evoluiu. Antes, segundo a teoria tradicional, a tipicidade era analisada meramente sob o aspecto formal. Já para a doutrina moderna, a tipicidade compreende uma análise conjunta do aspecto formal e material.

O professor Rogério Sanches explica em seu manual:

Para a doutrina moderna, a tipicidade penal engloba tipicidade formal e tipicidade material. A tipicidade penal deixou de ser mera subsunção do fato à norma, abrigo também juízo de valor, consistente na relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado<sup>38</sup>.

E, também, Bettiol (p. 209, *apud* GRECO, 2017, p. 60) analisa: “Duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub specie iuris*, no sentido de consideram o crime ‘todo o fato humano, proibido pela lei penal’. A Segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime ‘todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade’<sup>39</sup>”.

Desse modo, com base na teoria moderna da valoração do tipo penal, que consiste em considerar além da tipicidade formal a tipicidade material, sob a perspectiva da proteção do bem jurídico, denota-se que quando a conduta do agente não demonstrar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, que no caso é a dignidade sexual, ausente estará a tipicidade material, tornando a conduta atípica.

Portanto, em situações ímpares, em que pese haja a subsunção do fato a norma, não haverá subsunção material, justificando, pois, a absolvição do réu ou nem meso a propositura da ação pela pelo Ministério Público, que promoverá o arquivamento pela falta de justa causa.

<sup>38</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 5ª Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 266.

<sup>39</sup> GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11ª Ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2017, p.60.

No entanto, para se chegar a essa conclusão, faz-se necessário a análise do acervo probatório, sobretudo com a oitiva da vítima, realização de estudo psicossocial e análise do seu comportamento, para verificar se, apesar da tenra idade, tinha discernimento para consentir com os atos sexuais ou se as circunstâncias que circundam o caso torna justificável a intervenção estatal.

## **5. PRINCÍPIOS COMUMENTE UTILIZADOS COMO FUNDAMENTO DO AFASTAMENTO DA VULNERABILIDADE**

### **5.1. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA – DIREITO PENAL COMO A ÚLTIMA *RATIO* DO ESTADO DE DIREITO**

O princípio em epígrafe preceitua que o Direito Penal só merece aplicação quando realmente necessário, pois é marcado por uma clara exigência: o princípio da lesividade do delito. Assim sendo, um fato não pode constituir um ilícito penal se não for lesivo, ofensivo, ou simplesmente perigoso a um determinado bem jurídico tutelado. Dessa forma, o Estado não poderá criminalizar condutas que sejam socialmente aceitas como fatos indiferentes, sem a menor relevância jurídica.

A intervenção do Estado mediante aplicação de uma sanção penal tem o escopo de punir e ressocializar o indivíduo em confronto com a lei. Para tanto, é necessário o cometimento de um delito tanto penalmente relevante, como socialmente reprovável, de forma que as condutas que geram reprovação social são sancionadas de diversas formas, sendo a mais grave a privação da liberdade.

Assim, o Estado somente deverá interceder em casos excepcionais, criminalizando apenas as condutas humanas mais reprováveis. A Constituição Federal não permite, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, que se punam por intermédio do Direito Penal, condutas que não causam reprovação social.

Nas lições de Cléber Masson:

A intervenção mínima tem como destinatários principais o legislador e o intérprete do Direito. Àquele, recomenda moderação no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal, abstando-se de incriminar qualquer comportamento. Somente deverão ser castigados aqueles não puderem ser contidos por outros ramos do direito [...]. Mas não é só. Ao operador do Direito exige não proceder à operação de tipicidade quando constatar que a pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos do sistema jurídico, em que pese a criação, pelo legislador, do tipo penal incriminador<sup>40</sup>.

O direito penal é o ramo do ordenamento jurídico, que se destina a proteger apenas os bens jurídicos mais elementares, mais essenciais e indispensáveis ao harmonioso convívio social, e nós, operadores do direito penal, devemos ter essa consciência, que o direito penal não é panaceia.

---

<sup>40</sup> Idem, 2020, p. 45.

Muitas vezes, somos tentados a querer usar o direito penal como remédio para todos os males, como ferramenta para tutelar todos os problemas, quando, na verdade, o direito penal deve ser a última opção jurídica de intervenção na vida da coletividade.

Recentemente, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, no julgamento do recurso de apelação n.º 133240/2017, cujo relator foi o saudoso Desembargador Pedro Sakamoto, utilizou-se do princípio em testilha para relativizar a vulnerabilidade, absolvendo, por consequência, o paciente, veja:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217 - A DO CP). CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. TESE DE INIMPUTABILIDADE DO AUTOR. NÃO ACOLHIMENTO. AGENTE MAIOR À ÉPOCA DOS FATOS. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA ALIADA À PRÓPRIA CONFISSÃO DO RÉU. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA ADOLESCENTE. RELATIVIZAÇÃO. VIABILIDADE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RELAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, INCLUSIVE COM FILHO HAVIDO DESSE RELACIONAMENTO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (ULTIMA RATIO) E DA FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ANÁLISE PREJUDICADA DO PLEITO SUBSIDIÁRIO DE INCONSTITUCIONALIDADE CIRCUNSTANCIAL DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 217 - A DO CP E DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. Comprovada a data do evento criminoso e verificado que o réu já possuía, à época, 18 anos de idade, inviável a pretendida absolvição por inimputabilidade. Não há falar em absolvição por insuficiência probatória quando as provas constantes dos autos confirmam a ocorrência dos fatos narrados na denúncia, bem como a autoria e materialidade delitiva. **Prevalecem, no caso concreto, os princípios da intervenção mínima (ultima ratio) e paralelamente o da fragmentariedade do direito penal, especialmente quando se verifica não se tratar de uma situação de abuso sexual, mas de precocidade, bem ainda, diante do vínculo afetivo duradouro existente entre réu e vítima, que consubstanciou em unidade familiar, com o nascimento de uma criança fruto desse relacionamento.** Revela-se imperativa a absolvição do acusado quando sua condenação, ao invés de propiciar a proteção idealizada pelo legislador, geraria inegáveis danos, pois uma vez encarcerado ficaria impedido de conviver e proporcionar todas as formas de assistência que lhe são exigidas ao filho, atualmente com 7 anos de idade, dentre elas a afetiva e a financeira. (TJMT; APL 133240/2017; Jauru; Rel. Des. Pedro Sakamoto; DJMT 21/06/2018; Pág. 150) **grifo nosso.**

## 5.2. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE

O princípio da ofensividade ou lesividade exige que da conduta praticada pelo agente, ocorra efetiva lesão ou, no mínimo, perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. O princípio em tela atende a manifesta exigência de delimitação do Direito Penal, tanto em nível legislativo, quanto no âmbito jurisdicional.

Nas palavras de GRECO (2017, p. 131) “os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal”.

Desse modo, em se tratando de estupro de vulnerável por aferição da idade, quando a vítima demonstrar em juízo, ter conhecimento do ato que pratica e que consente, bem como suas consequências, demonstrando, sobretudo, que possui maturidade suficiente para discernir o que é um ato sexual, e capacidade suficiente de consentir ou não para este ato, *a contrario sensu* do que preconiza o art. 217-A do Código Penal, prudente que haja a descaracterização do abuso, relativizando a vulnerabilidade.

Nesse contexto, é importante dar crédito as declarações da vítima, para aferir se a conduta do “agressor” teve o condão de violar o bem jurídico protegido, que no caso do estupro de vulnerável é a dignidade sexual.

Assim, em que pese a conduta apresente na conformidade do tipo, O Juiz – aplicador da norma incriminadora – deve excluir a substância do crime, devendo analisar o caso concreto, para verificar a necessidade da aplicação da norma, como ensina o professor Rogério Sanches:

Tal como outros princípios já analisados, o da lesividade não se destina somente ao legislador, mas também ao aplicador da norma incriminadora, que deverá observar, diante da ocorrência de um fato tido como criminoso, se houve efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado<sup>41</sup>.

Desta forma, nos casos em que não se vislumbre que a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com o menor de 14 anos, lesionou o bem jurídico tutelado, o fato será materialmente atípico, resultando, assim, na absolvição do acusado.

### **5.3. PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE**

Como resultado dos princípios da adequação social, intervenção mínima e ofensividade, temos o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. Esse princípio

---

<sup>41</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 5ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 99

estabelece que só é legítima a intervenção do direito penal para proteger os bens jurídicos contra os ataques mais intoleráveis.

Munõz Code (*apud* GRECO<sup>42</sup>), leciona que:

“Nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter ‘fragmentário’, pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, de bem que da maior importância.”

A fragmentariedade é, então, uma consequência da adoção dos princípios da adequação social, intervenção mínima e ofensividade, que servem para orientar o legislador no processo de criação dos tipos penais.

#### 5.4. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Os princípios são considerados, no ramo do direito, como as normas gerais mais abstratas, que servem de orientação e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo. São os princípios que atualizam as disposições normativas à prática cotidiana, aproximando o direito dos fenômenos sociais que ele visa regulamentar.

Tal princípio demonstra que a relevância social é um requisito para formulação da legislação, na medida em que não faz sentido o legislador editar leis com o escopo de penalizar fato ou ato socialmente aceito.

Nessa ordem PRADO e CARVALHO entendem que “O instituto da adequação social representa um princípio importante para a interpretação dos tipos, que só englobam as condutas socialmente inadequadas. Tanto a adequação social como o risco permitido se encontram situados no domínio da *liberdade de ação social* dos indivíduos em sociedade<sup>43</sup>”.

Efetivamente, não faz sentido a intervenção do direito Penal se o bem jurídico por ele protegido com a norma específica tiver perdido a sua significação de ilícito, caso a conduta em questão passe a ser tolerada socialmente ou mesmo passar à completa irrelevância.

Como exemplo, são as genitoras que perfuram as orelhas das suas filhas, ou até mesmo a tatuagem, condutas formalmente típicas, ou seja, há descrição na lei penal

<sup>42</sup> GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11ª Ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2017, p. 139.

<sup>43</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal brasileiro. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 124.

como lesão corporal, todavia, essas condutas não são consideradas crime propriamente dito, por ausência de tipicidade material, como outrora explicado, pois são práticas socialmente aceitas e não atentam contra a Constituição Federal.

Por conseguinte, entende-se que o princípio da adequação social vai além do próprio Direito Penal, tendo em vista que as condutas socialmente aceitas – desde que não afrontem a Constituição Federal –, seja pelos costumes, folclore ou cultura, passaram a ser excluídas da esfera penal. Nesse contexto, ainda que determinada conduta seja formalmente típica, estará no âmbito da atipicidade, uma vez que está amparada pela aceitação social, fora da seara do proibido (GOMES, 2012, texto digital).

Desse modo, consigo visualizar que o princípio da adequação social é aplicado para relativizar a vulnerabilidade da vítima, nos casos em que estas e seus familiares, por exemplo, consentem para que ela namore um sujeito maior de idade. Logo, aquela conduta, é socialmente aceita naquele meio e não trouxe malefícios à sociedade em geral, de modo que não deve haver intervenção estatal.

Percebe-se que o princípio da intervenção mínima e adequação social são complementares, pois ambos defendem que as condutas que não causam reprovação social, não merecem intervenção pelo direito penal.

## **6. CAPACIDADE CONFERIDA PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EM CONFLITO COM A VULNERABILIDADE ESTABELECIDADA PELO CÓDIGO PENAL.**

O Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990, é um diploma protetivo que visa assegurar esses indivíduos tidos como em desenvolvimento, objetivando que tenham uma formação saudável e um desenvolvimento integral, em seus aspectos físicos, psíquicos, morais e intelectuais.

Com efeito, o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz a diferenciação entre este e aquele: “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Percebe-se, pois, que o legislador se utilizou do critério objetivo e cronológico para definir a criança e o adolescente.

Não obstante o objetivo principal seja lhes conferir direitos e protegê-los, este Estatuto também visa colaborar na formação desses novos cidadãos, garantindo assim um bom relacionamento social. Desse modo, quando as crianças e adolescentes estão em situações de risco ou em conflito com a lei, são-lhes aplicadas medidas protetivas e/ou medidas socioeducativas.

Neste norte, considerando que os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, estes não cometem crime, mas Ato Infracional, que é uma conduta descrita como crime ou contravenção penal, a que chamamos de Ato Infracional análogo ao crime.

As crianças que cometem infracional ou que estão em situações de risco, sofrem a aplicação das medidas protetivas que estão estabelecidas no art. 101, como por exemplo, orientação, apoio e acompanhamentos temporários; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; acolhimento institucional, entre outros.

Já os adolescentes são punidos com medida socioeducativas mais repressivas, podendo chegar, a depender da gravidade do Ato Infracional cometido, a “internação em estabelecimento educacional”, onde, na realidade, o menor infrator é privado de sua liberdade.

Há de se ressaltar que tais medidas destinadas a adolescentes em confronto com a lei, muito embora carreguem o discurso de que não possuem caráter punitivo, importa, na prática, verdadeira punição.

Nesse diapasão, percebe-se que o legislador confere ao Adolescente (12 anos completos), a capacidade de discernimento de que está praticando um Ato Infracional análogo a um crime, e, que, como consequência sofrerá uma internação em estabelecimento educacional (privação de liberdade, na prática), mas, *a contrario sensu*, estabelece que este mesmo adolescente de 12 (doze) a 14 (catorze) anos, não tem capacidade de consentimento para prática de ato sexual.

Quer dizer, para sofrer internação, o adolescente é visto como capaz pela lei, no entanto, para consentir atos sexuais é tido como vulnerável por não ter discernimento para tanto. Trata-se de clara contradição.

Nesse sentido, pontua o Professor Guilherme Nucci que o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem 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), mas deveria ser relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisada em conjunto<sup>44</sup>.

Outrossim, de grande valia transcrever parcialmente voto do Desembargador Celso Limongi no julgamento do HC 88.664/GO:

A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Mas uma visão abrangente desse arcabouço facilita, e muito, o entendimento, bem como sua interpretação. Em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) precisa ser analisado para enfrentar essa questão.

[...] Assim, se o menor, a partir de 12 anos, pode sofrer tais medidas por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram todos os locais, em especial os lares, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente um ato sexual. Desse modo, nesse caso, o CP, ao presumir a violência por não dispor a vítima menor de 14 anos de vontade válida, está equiparando-a a uma pessoa portadora de alienação mental, o que não é razoável, isso em pleno século XXI. Efetivamente, não se pode admitir no

<sup>44</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal / Guilherme de Souza Nucci. - 15. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 889/890.

ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal.

Parece-me absolutamente aceitável que um adolescente com seus 12 (doze) anos completos ou mais, tenha conhecimento e discernimento do que é a conjunção carnal ou um ato libidinoso, que conheça seu corpo e tenha vontade de se relacionar mais intimamente com um parceiro, sobretudo, porque o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940, atualmente a educação sexual faz parte dos currículos escolares, o que nos faz crer que cada vez mais cedo, as crianças e adolescentes do nosso círculo social estão sendo conscientizadas e preparadas das práticas sexuais.

Portanto, ao fazermos uma análise de todo o ordenamento jurídico pátrio, especialmente a presente entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o capítulo II, do título VI do Código Penal, vemos que o legislador se contrapõe, e, diante disso, geram situações contraditórias, como, por exemplo, a possibilidade de estupro consensual entre dois adolescentes menores de 14 (catorze) anos, bastando que estes pratiquem atos libidinosos ou a conjunção carnal entre si, assim, figurarão como autor e vítima ao mesmo tempo.

Como solução, assim como preceitua NUCCI, a vulnerabilidade do adolescente entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos não deve ser absoluta, mas relativa, devendo comportar prova em contrário, permitindo ao aplicador da lei, fazer uma análise de cada caso específico, para que tenhamos uma justa e congruente aplicação da norma punitiva.

Por derradeiro, cumpre visualizar que a idade cronológica de 14 (catorze) anos para estabelecer a violência presumida, foi adotada pelo Código Penal, que como já dito em outros tópicos, vigora desde o ano de 1941, portanto, ultrapassado, tendo em vista que os adolescentes dos dias atuais vivem em condições totalmente diversas daqueles da década de quarenta.

Assim, considerando as significativas modificações sociais e culturais que ocorrerem nos dias atuais, nem sempre é prudente sustentar o caráter absoluto da presunção de vulnerabilidade em condutas dessa natureza, sendo fundamental avaliar as circunstâncias do caso concreto, em especial na esfera penal, quando se lida com o direito de ir e vir, a fim de evitar decisões injustas ou de graves consequências para o jurisdicionado.

Dessarte, conclui-se que o mais conveniente seria a Lei nº 12.015/2009 ter alterado esta idade cronológica para 12 (doze) anos, sendo, desse modo, coerente com o Estatuto da Criança e do Adolescente que é contemporâneo (1990), padronizando o entendimento entre tribunais e magistrados, mas, como não o fez, continuaremos a debater a respeito desta divergência.

## CONCLUSÃO

A presente monografia teve por objetivo, analisar a evolução do tratamento legislativo aos crimes sexuais, com enfoque no estupro, mormente o estupro de vulnerável, que culminou das alterações impostas pela Lei nº 12.015/2009.

Dentre as principais alterações trazidas pela referida lei, destacou-se a fusão do crime de estupro com o delito de atentado violento ao pudor, fenômeno este chamado de princípio da continuidade normativo-típica, o que tornou o tipo mais abrangente, uma vez que não é mais necessária a ocorrência de conjunção carnal para o seu aperfeiçoamento, mas também a prática de ato libidinoso, sendo possível o sujeito passivo ser um homem.

Sobretudo, visou demonstrar a continuidade dos debates acerca da presunção de violência – antes da lei 12.015/2009 –, agora denominada de presunção de vulnerabilidade, ou seja, apesar da intenção do legislador ter sido de encerrar com as divergências jurisprudenciais e doutrinárias, estas continuaram, tanto que foi necessário a edição da Súmula 593 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, buscou-se analisar se o critério objetivo para classificar o vulnerável é razoável, pois a sociedade está em constante transformação, demonstrando a necessidade de adaptação e interpretação das normas penais, frente às progressivas e incessantes transformações socioculturais, de modo que a aplicação da norma punitiva no crime de estupro de vulnerável, especialmente quando a vítima for maior de 12 (doze) anos, não deveria ser irrestrita, mas, sim, analisado o caso concreto, possibilitando que a aplicação da pena seja justa e satisfaça a sociedade em geral, evidenciando a impossibilidade de se reputar como delituosa uma conduta aceita ou tolerada pela sociedade, em respeito aos princípios norteadores do direito penal, especialmente a adequação social, intervenção mínima, ofensividade e fragmentariedade.

Destarte, para a configuração do delito em questão, além da análise da tipicidade formal – descrita no próprio tipo penal, previsto no artigo 217-A do Código Penal –, faz-se necessário, ainda, o exame da vulnerabilidade, dos menores de 14 anos, para a configuração tipicidade material da conduta, isto é, da existência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, a dignidade sexual das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, demonstrou que algumas decisões de juízos da instância singela e superior que adotam a corrente minoritária, de que é possível relativizar a vulnerabilidade a depender do caso concreto, estando amparado pelos princípios já citados.

Cumprido esclarecer que apesar de entender ser mais razoável a posição favorável à relativização, esta monografia não tem, e nem poderia ter, a pretensão de apresentar uma solução definitiva do problema ou esgotar todos os argumentos; somente realçar a polêmica existente e expor os fundamentos defendidos por cada uma das correntes. Anseia-se que possa contribuir para as necessárias reflexões sobre um tema tão discutido.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (v. 4).

BITENCOURT, Cesar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Vol. I. 7ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição Federal (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 novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. TJMT; APL 53133/2014; Sinop; Rel. Des. Rui Ramos Ribeiro; Julgado em: 10/03/2015; DJMT 16/03/2015 <  
<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/328549420/apelacao-apl-35234120088110007-66958-2010/relatorio-328549459?ref=juris-tabs> > Acesso em: novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Ap 19703/2010, Des. Juvenal Pereira da Silva, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 16/11/2010, Publicado no DJe 29/11/2010. Disponível em:  
<<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/328568419/apelacao-apl-197038520108110000-19703-2010> > acesso em novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Ap 92564/2015, Des. Gilberto Giraldeoli, Terceira Câmara Criminal, julgado em 23/09/2015, Publicado no DJE 01/10/2015. Disponível em: <  
<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/365999153/apelacao-apl-22783420138110002-92564-2015/inteiro-teor-365999164> > Acesso em novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apl 0186637-88.2019.8.21.7000. Des. Viviane de Faria Miranda, Sétima Câmara Criminal, julgado em 19/09/2019, publicado no DJERS 07/10/09. Disponível em <Lex Magister>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apl 70081393696. Des. Cristina Pereira Gonzales, Quinta Câmara Criminal, Julgado em: 28-08-2019. Disponível em <Lex Magister>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 200916/MG, 5ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 21.06.2011. Disponível em: <  
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21029262/habeas-corpus-hc-200916-mg-2011-0060209-0-stj/inteiro-teor-21029263>> Acesso em novembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 637361/SC, 6ª Turma. Rel. Min. Og Fernandes, 01.06.2010. Disponível em: <  
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029401/recurso-especial-resp-637361-sc-2004-0036666-5-stj/relatorio-e-voto-1502940>> Acesso em novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 97664 Agr/DF, 2ª Turma. Rel. Min. Teori Zavascki, Dj 09.10.2013. Disponível em: <  
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274544/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-97664-df-stf/inteiro-teor-111961600> > Acesso em: Acesso em novembro de 2020

CANELA, Kelly Cristina. O estupro no direito romano. São Paulo/SP. Cultura Acadêmica, 2012.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume 3. Editora Saraiva. 9º edição, São Paulo, 2011.

CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRASIL. 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: Acesso em novembro de 2020.

CODIGO PENA DOS ESTADOS UNIDOS DO BASIL. Disponível em:  
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em novembro de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 5ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2017

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. VADE Mecum OAB e Concursos. Editora Saraiva. 12º edição, 2017.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11ª Ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUSMÃO, Chrysolito de. Dos Crimes Sexuais. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado: estupro comum e a figura do estupro de vulnerável. Revista IOB de Direito Penal Processual Penal, Porto Alegre, v. 10.

MARCÃO, Renato. GENTIL, Plínio. Crimes Contra a Dignidade Sexual, comentários ao Título VI do Código Penal. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MASSON, Cléber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – v.1 / Cléber Masson. - 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020

MASSON, Cléber. Direito Penal Esquematizado. 5ª Ed. São Paulo: MÉTODO, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5ª Ed. Rio de Janeiro: FORENSE. 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal / Guilherme de Souza Nucci. - 15. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível em  
<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm>> Acesso em novembro de 2020.

ORDENAÇÕES MANUELINAS. Disponível em  
<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p52.htm>> Acesso em novembro de 2020 .

ORDENAÇÕES AFONSINAS <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l5pg29.htm>>  
Acesso em novembro de 2020.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal brasileiro. 13. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica. Bauru: Javoli; 1980. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.24881>>  
Acesso em novembro de 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 6. Ed. Atual. Rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.