

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

KARINA TEIXEIRA MARQUES

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 217-A À LUZ DA
RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO OFENDIDO MENOR DE
CATORZE ANOS**

São Paulo

2021

KARINA TEIXEIRA MARQUES

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentando como requisito para obtenção de título
de Bacharel no Curso de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: EVERTON LUIZ ZANELLA

São Paulo

2021

KARINA TEIXEIRA MARQUES

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 217-A À LUZ
DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO OFENDIDO MENOR DE
CATORZE ANOS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentando como requisito para
obtenção de título de Bacharel no
Curso de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

Ao meu pai.

Meu melhor amigo e conselheiro nos momentos de inquietude do coração. Homem de fé inabalável. Filho devoto, pai carinhoso e protetor. Razão de todas as minhas alegrias e, para sempre, a minha maior saudade.

Eterno será o abraço que tanto me confortou, no qual anseio, avidamente, enlaçar-me mais uma vez.

Sem você, eu nada seria. Obrigada por me ensinar tanto e continuar me guiando.

O tempo de Deus é, de fato, diferente do nosso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai, sempre, por todos os momentos vividos, conselhos dados e ensinamentos transmitidos.

Agradeço à minha mãe, cujo dom de viver a vida em sua integralidade somente é superado pelo dom de amar incondicionalmente, por ter plantado, regado e nutrido todo o seu amor em nós.

Agradeço à minha irmã, possuidora do mais sublime oceano, porventura revelado em seus olhos, pela bondade, cumplicidade e irmandade desde sempre.

Amo vocês. Obrigada por tanto.

Agradeço a Deus por todas as bênçãos que me foram concedidas, em especial, por ter me agraciado com os meus três maiores e mais importantes presentes: Osvaldo, Marcia e Marina.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 217-A À LUZ DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO OFENDIDO MENOR DE CATORZE ANOS

Karina Teixeira Marques

Resumo: A entrada em vigor das Leis 12.015/2009 e 13.718/2018 promoveu significativas alterações no Título VI do Código Penal. Abordaremos neste trabalho as alterações promovidas no tipo penal no tocante ao tipo objetivo, sujeitos ativos e passivos do delito, consumação, e se o tipo é misto alternativo ou cumulativo. Por fim, daremos enfoque ao debate sobre a relativização da vulnerabilidade diante do consentimento do ofendido menor de catorze anos, apontando os principais argumentos doutrinários favoráveis e contrários a essa teoria, bem como qual tem sido o entendimento jurisprudencial adotado.

Palavras chaves: Estupro de vulnerável. Consentimento do ofendido. Relativização da vulnerabilidade do menor de catorze anos.

Abstract: The advent of the Laws 12.015/2009 and 13.718/2018 brought change to the Penal Code, especially on its Title VI, with the inclusion of the Section 217-A. This change issued several points, among which the legal object, active and passive subject, the consummation and the most important if the crime of rape would pass to constitute set of crime or only crime. It also has been a longstanding debate on the courts whether the consent of the victim under age could ward off the illegality of the crime. Therefore, it is necessary to make a detail analyze of the new legal device given by the Law 12.015/2009. The objective of this work is to enumerate changes brought by those Laws, as well as to present the main arguments for determining whether the crime persists even with the victim's consent.

Key words: Vulnerable rape. Victim's consent. Relativization of the vulnerability of children under fourteen.

Sumário: 1. Introdução. 2. Elementos do tipo penal do artigo 217-A. 3. Conceito de vulnerabilidade do ofendido. 4. Sujeitos passivos do estupro de vulnerável. 4.1. Enfermos e deficientes mentais. 4.2. Aqueles que não podem oferecer resistência. 4.3. Menores de catorze anos: a polêmica da relativização da violência do estupro diante do consentimento do ofendido. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

As Leis n. 12.015/2009 e 13.718/2018 foram as principais responsáveis por promoverem significativas modificações no Código Penal, notadamente no Título VI, que trata dos crimes contra a liberdade sexual. No tocante à Lei n. 12.015/2009, podemos destacar a reunião das condutas anteriormente previstas de forma autônoma nos tipos penais do artigo 213 e 214, que agora apresentam-se de forma conjunta nos tipos dos artigos 213 e 217-A, sendo este último outra inovação da lei. Houve, ainda, a revogação dos artigos 214, 224 e 225, que tratavam, respectivamente, do crime de atentado violento ao pudor, presunção de violência e ação penal nos crimes sexuais.

A alteração da nomenclatura do Título VI do Código Penal, anteriormente denominado “Dos crimes contra os costumes”, que passou a se chamar “Dos crimes contra a dignidade sexual” foi outra importante contribuição da Lei n. 12.015/2009. Essa alteração denota uma preocupação especial do legislador em tutelar a dignidade da pessoa humana nos crimes sexuais, harmonizando-se, portanto, com o que foi consagrado na nossa Constituição Federal de 88¹. Nesse sentido:

“(…) o direito penal não tem caráter absoluto e deve sempre ser visto em sua conformidade constitucional, portanto sob os auspícios dos princípios do Estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima (*ultima ratio*). Assim, se por um lado houve agravamento pelo legislador de condutas como a que ora está sob análise, de outro positivou-se o entendimento, já de longo presente na doutrina e jurisprudência, de que a tutela sobre os crimes sexuais não se insere na órbita de uma mutável, relativa e abstrata moralidade pública, sob a fórmula “crimes contra os costumes”, mas,

1 ESTEFAM, André. Crimes sexuais: comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16-19.

diversamente, na da autodeterminação sexual, que está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana. O direito à autodeterminação sexual, em sentido penal, deve, contrariamente, ser entendido como um direito de defesa do indivíduo.”²

A mudança da nomenclatura do Título VI abandonou definitivamente a noção de moralidade outrora atrelada à sexualidade, isto porque, atualmente, “*o que se tutela verdadeiramente não é a dignidade sexual, no aspecto padrão de comportamento sexual a ser seguido, mas sim a própria liberdade sexual, como um valor ético-social protegido pelo direito contra lesão ou perigo de lesão*”³. Segundo aponta Luiz Flávio Gomes, citado por Rodrigo Moraes Sá⁴:

“Não são os costumes o objeto jurídico da tutela penal. Toda dogmática penal, na atualidade, só concebe a existência de crime sexual que atente contra a liberdade sexual ou contra o normal desenvolvimento da personalidade (em formação) da criança. Fora disso não é admissível a incidência do Direito penal, sob pena de se confundir a moral com o Direito penal, que não serve para corrigir pessoas nem para proteger determinadas concepções morais. Por força do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, não há espaço no Direito penal para a tutela de uma determinada moral ou religião ou partido político ou ideologia etc.”

O bem jurídico tutelado no crime de estupro é, conforme apontam Renato Marcão e Plínio Gentil⁵, em sentido estrito, a liberdade sexual, a qual “*diz respeito diretamente ao corpo da pessoa*

2 STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.591.678/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJe: 26/06/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473653159/recurso-especial-resp-1591678-rs-2016-0091869-9/decisao-monocratica-473653169>> Acesso em: 20 jan. 2021

3 CONEGUNDES, Karina Romualdo. A dignidade sexual à luz da Teoria do Bem Jurídico. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS. Viçosa. Volume X, n. 1, 2015. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54575>> Acesso em 31 jan. 2021.

4 SÁ, Rodrigo Moraes. Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXII, N°. 000011, 10/07/2013. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoestuprodevulneravelenviar.pdf>> Acesso em: 19 nov. 2020.

5 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

e ao uso que dele pretende fazer”⁶, podendo ser entendida como o comportamento humano a que todos os indivíduos fazem jus, sem qualquer tipo de limitação. Em sentido amplo, a dignidade sexual da pessoa como sendo “(...) *aquela em que o respeito alheio é devido ao sujeito no que se refere à capacidade deste de se autodeterminar relativamente à atividade sexual*”⁷. É, pois, a possibilidade de o indivíduo dispor livremente de seu corpo para a prática sexual.

A criação de tipo penal novo (artigo 217-A), no entanto, visou dar proteção a bem jurídico relativamente diferente do crime de estupro (artigo 213), haja vista conferir proteção a um grupo seletivo de indivíduos: os vulneráveis. Por essa razão, segundo Marcão e Gentil, o que se buscou tutelar no crime de estupro de vulnerável é a “(...) *dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual*”⁸.

De se notar, portanto, a sutil diferença entre os bens jurídicos tutelados nos tipos penais de estupro (art. 213) e estupro de vulnerável (art. 217-A); enquanto o legislador optou por tutelar a dignidade sexual de sujeitos passivos próprios no crime do artigo 217-A (menores de catorze anos, enfermos ou deficientes mentais, e, ainda, os que por outra causa não possuam o necessário discernimento à prática do ato sexual), no delito do artigo 213, buscou tutelar a liberdade sexual de sujeitos passivos indefinidos, vale dizer, de toda a coletividade, indistintamente.

A nomenclatura do novo tipo penal previsto no artigo 217-A conferiu enfoque aos indivíduos tidos como vulneráveis, notadamente as crianças e adolescentes, menores de 14 anos. Surge, assim, o conceito de pessoa vulnerável, o qual, até então, não era previsto em nenhum tipo penal do Código Penal. Não obstante, anteriormente, falava-se em presunção da violência nos delitos sexuais, podendo esta ser absoluta se presentes algumas das hipóteses de violência prescritas no artigo 224 do Código Penal⁹.

Todavia, com o advento da nova legislação – que promoveu a revogação do artigo 224 e inserção do artigo 217-A –, a discussão acerca da presunção de violência nos delitos de estupro (artigo 213) e atentado violento ao pudor (extinto artigo 214) deu lugar ao debate envolvendo a

6 Op. citado, p. 46

7 Op. citado, p.46

8 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193.

9 Prescrevia a antiga redação do artigo 224 do Código Penal: “*Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.*”

possibilidade de relativização da vulnerabilidade do ofendido. Este passou a ser o enfoque das discussões doutrinárias no tocante ao estupro de vulnerável. Isto porque, para parcela significativa da doutrina, a vulnerabilidade não é elementar do tipo penal do artigo 217-A, razão pela qual o consentimento do ofendido teria o condão de ilidir o delito. Em sentido contrário, sustenta-se a interpretação literal do dispositivo legal, o qual comina, expressamente, reprimenda ao sujeito que tiver conjunção carnal ou praticar atos libidinosos com ofendido menor de 14 anos.

A Lei n. 13.718/2018, por sua vez, foi responsável por alterar a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável. Antes da vigência dessa lei, a ação penal dos crimes sexuais era, em regra, pública condicionada à representação da vítima, caso esta tivesse idade superior a dezoito anos¹⁰. Somente se o ofendido fosse menor de dezoito anos e maior de catorze anos é que a ação penal seria pública incondicionada. Com a vigência da nova lei 13.718/2018, a ação penal passou a ser pública incondicionada para todos os delitos do Título VI.

Não obstante, a lei 13.718/2018 foi responsável pela inclusão do § 5º no artigo 217-A, que prescreveu que as qualificadoras previstas nos parágrafos do tipo penal seriam aplicadas independentemente do consentimento da vítima ou de experiência sexual anterior aos fatos criminosos. Em que pese conter previsão expressa no dispositivo, a questão do consentimento do ofendido continua a ser amplamente debatida, tanto na doutrina quanto em sede de decisões judiciais, conforme mencionamos, debate este que será oportunamente tratado nos tópicos a seguir.

2. Elementos objetivos do tipo penal do artigo 217-A

Conforme vimos, a Lei n. 12.015/2009 foi responsável por promover significativa contribuição na legislação penal, notadamente no Título VI do Diploma Legal, da qual destacamos a inserção de tipo penal novo. Segundo dispõe o Código Penal, *in verbis*:

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.

¹⁰ GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 148-149.

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

§ 2º Vetado

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

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

Conforme se depreende da leitura do artigo 217-A, verificamos que o tipo penal reuniu as condutas previstas nos tipos penais de estupro (antiga redação do artigo 213) e atentado violento ao pudor (extinto artigo 214), os quais previam, de forma isolada, a prática de conjunção carnal e atos libidinosos diversos desta. Por essa razão o crime de estupro era doutrinariamente definido como um crime de forma vinculada, já que o delito somente poderia ser cometido mediante conjunção carnal, praticada somente pelo homem em face da mulher. Após a vigência da Lei n. 12.015/2009, o crime de estupro de vulnerável passou a ser de forma livre¹¹.

O agrupamento das condutas num único tipo, contudo, provocou certo dissenso doutrinário. No entendimento Guilherme de Souza Nucci¹², acompanhado de Renato Marcão e Plínio Gentil, o tipo é *misto alternativo*¹³, vale dizer, é aquele que descreve mais de uma conduta, mas cuja prática

11 NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil C.; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Disponível em: <[https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/#:~:text=Com%20o%20advento%20da%20Lei,15%20\(quinze\)%20anos%E2%80%9D.>](https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/#:~:text=Com%20o%20advento%20da%20Lei,15%20(quinze)%20anos%E2%80%9D.>) Acesso em 13 nov. 2020.

12 Segundo entendimento do autor: “É inequívoca a unificação de condutas criminosas, referentes aos anteriores estupro e atentado violento ao pudor, sob um mesmo tipo penal alternativo. Portanto, o agente que ‘constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso’ responderá por um só delito: estupro (art. 213, CP).” NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a Dignidade Sexual, São Paulo, RT, 2009, p. 63.

13 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 140.

de duas ou mais condutas descritas representam um único crime¹⁴. A doutrina de Vicente Greco Filho, por sua vez, se posiciona em sentido contrário, alegando tratar-se de um *tipo penal cumulativo*, por entender serem autônomas as condutas descritas, o que implicaria a configuração de concurso de crimes, no caso concreto¹⁵.

A interpretação do tipo como *misto alternativo* garante uma interpretação mais benéfica da lei nova (*lex mitior*). Desse modo, seria possível aplicar a lei com efeitos retroativos¹⁶, alcançando os processos em andamento que versam, necessariamente, sobre a prática das figuras hoje reunidas no artigo 213. Segundo essa corrente, por tratar-se de uma *novatio legis in melius*, a configuração do concurso de condutas outrora tipificadas nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, restaria afastada, reconhecendo-se, portanto, a prática de crime único¹⁷.

Já a interpretação do tipo penal como *cumulativo* afasta a tese da *abolitio criminis*, na medida em que a reunião, em um único tipo penal, não descaracteriza a prática de concurso de crimes, devendo a pena ser aplicada cumulativamente. Vicente Greco Filho aduz que a nova redação da Lei n. 12.015/2009 visou assegurar maior proteção às vítimas, possibilitando que seus algozes fossem punidos nos ditames das reprimendas cominadas no tipo do artigo 217-A, seja por praticarem conjunção carnal, atos libidinosos ou ambas as condutas, não cabendo tratamento mais ameno aos réus.

A esse respeito, a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça¹⁸ assentou entendimento consolidando interpretação no sentido de considerar o tipo como *misto alternativo*,

14 Para os que sustentam esse pensamento, o delito de estupro restaria configurado como crime único ainda que o agente praticasse, contra a mesma vítima e no mesmo contexto delituoso, além de atos libidinosos, a conjunção carnal. Essa é uma interpretação mais benéfica da lei penal, e que teria, portanto, alcance retroativo. Nos termos do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, vigendo em regra o princípio da irretroatividade, salvo quando a norma processual penal material tiver conteúdo de direito penal, retroagindo em benefício do acusado.

15 Segundo aponta Greco: “Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido. Não houve, pois, *abolitio criminis*, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. (...) Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou na prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos”. Greco Filho, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*. Site da Ordem dos Advogados do Brasil São Paulo. Disponível em <https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-antiores/mulher-advogada/gestao-2007-2009/eventos/2009/vicente_filho.pdf>. Acesso em 03 nov. 2020.

16 A lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, vigendo em regra o princípio da irretroatividade, salvo quando a norma processual penal material tiver conteúdo de direito penal, retroagindo em benefício do acusado, nos termos do artigo 2º do Código de Processo Penal.

17 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142.

18 “Diante do princípio da continuidade normativa, não há falar em *abolitio criminis* da conduta prevista no art. 214, c/c o art. 224, ambos do CP, tendo em vista que a alteração legislativa conferida pela Lei 12.015/2009 não

isto é, tendo em vista que não houve *abolitio criminis*, tão somente a unificação das condutas anteriormente descritas nos tipos do artigo 213 e 214 em um único dispositivo (artigo 217-A), deve-se considerar que a ocorrência de diferentes condutas previstas no delito de estupro de vulnerável, quando cometidas contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático, configuram crime único.

Para fins de esclarecimento, temos que a conjunção carnal é entendida como sendo “*a cópula vaginica, praticada entre homem e mulher, consistente na penetração do pênis na cavidade vaginal*”¹⁹ ou, segundo aponta Nelson Hungria, “*em face do Código, entende-se a conjunção carnal, isto é, a cópula secundum naturam, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher (...)*”²⁰.

Assim, conforme visto anteriormente, o crime é de forma livre, sendo, portanto, possível que o sujeito ativo do crime seja homem ou mulher, e possível, ainda, que um terceiro agente, que, abstendo-se da prática da conduta descrita no tipo, constranja homem e mulher a terem conjunção carnal entre si²¹. A jurisprudência complementa a definição ressaltando ser prescindível a introdução completa do pênis na vagina, fazendo menção ao coito parcial, e aponta, ainda, ser desnecessária a ejaculação²².

Ao empregar a expressão “*ou qualquer outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal*” quis o legislador dar maior extensão às possíveis condutas praticadas contra a vítima, garantindo-lhe maior proteção, já que estariam abarcadas no delito previsto no artigo 217-A. Os autores Renato Marcão e Plínio Gentil observam que o termo libidinoso é, em verdade, elemento normativo do

descriminalizou a referida conduta, mas apenas a deslocou para o art. 217-A do Código Penal, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor) praticadas contra vítima menor de 14 anos. Precedentes. [...]” (HC n. 200.417/MG, Ministra Marilza Maynard, Desembargadora convocada do TJ/SE, Sexta Turma, DJe 27/2/2014) STJ. AgRg nos EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 64.728 – SP, Relator: Min. Sebastião Reis Junior, 6ª Turma, São Paulo. Julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AEAAARESP%27.clas.+e+@num=%2764728%27\)+ou+\(%27AgRg%20nos%20EDcl%20no%20AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%2764728%27.suc e.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AEAAARESP%27.clas.+e+@num=%2764728%27)+ou+(%27AgRg%20nos%20EDcl%20no%20AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%2764728%27.suc e.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em 15 março 2021.

19 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários do título VI do Código Penal; 2ª ed..São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

20 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: 1981, v. VIII, p. 106.

21 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 89.

22 “*Com o coito se consuma o crime, quer seja completo ou incompleto, isto é, quer haja ou não ejaculação. Assim, no momento da cópula, da introdução mesmo parcial do membro viril no órgão genital feminino, está realizando o tipo de estupro e completada a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma*” (rel. Des. Diwaldo Sampaio, RJTJSP 86/357). GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 88.

tipo, cujos juízos de valoração serão realizados pelo magistrado no caso concreto, levando-se em consideração a cultura e os hábitos correntes da sociedade²³.

Devemos entender o ato libidinoso como sendo “*todo ato direcionado, em tese, a alguma forma de satisfação, ou de excitação, da libido humana*”²⁴. Importante ressaltar que, em regra, os atos são considerados “objetivamente libidinosos”, o que significa dizer que são previamente classificados como tal, como é o caso da prática de sexo oral (cunilíngua ou felação), anal, masturbação etc. Desnecessário, portanto, que a vítima perceba a lascívia do fato. Nesse sentido, aponta Nelson Hungria: basta que o “*ato libidinoso seja ofensivo ao pudor do homo medius (critério objetivo), pouco importando que a vítima entenda, ou não, o seu sentido sexual*”²⁵.

Conquanto seja cristalino o entendimento depreendido da leitura do dispositivo, o qual prescreve que restará configurado o delito quando o sujeito ativo praticar conjunção carnal (sexo vaginal) ou praticar ato libidinoso diverso com o ofendido (felação, cunilíngua, masturbação etc), verificamos que a jurisprudência ainda diverge no tocante à caracterização do estupro de vulnerável quando não há conjunção carnal com a vítima.

Recentemente, a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu acórdão em sede de apelação, no qual entendeu restar desconfigurado o crime de estupro de vulnerável em vista da ausência de conjunção carnal entre o agressor e a vítima menor de catorze anos. A decisão possibilitou, ainda, que o crime de estupro de vulnerável fosse desclassificado para o delito de importunação sexual, ora previsto no artigo 215-A (importunação sexual), cuja reprimenda é de 1 a 5 anos de reclusão, conforme verificamos no trecho a seguir:

"(...) Por outro lado, não pode subsistir a condenação por estupro de vulnerável. Parece claro que, ao aludir a outros atos libidinosos alternativamente à conjunção carnal, o legislador não visou qualquer conduta movida pela concupiscência, mas apenas aquelas equiparáveis ao sexo vaginal. E os atos praticados pelo apelante fazer a vítima se sentar em seu colo e movimentá-la para cima a fim

23 Marcão GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 91.

24 Marcão GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93.

25 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: 1981, v. VIII, p. 122-123.

*de se esfregar nela e apertar os seus seios por óbvio, não possuem tal gravidade.”*²⁶

A desclassificação do tipo penal, contudo, afronta o princípio da especialidade, conforme aponta o entendimento majoritário dos tribunais²⁷. O tipo penal de estupro de vulnerável (artigo 217-A) prevê a prática de conjunção carnal ou de atos libidinosos contra menores de catorze anos, enfermos ou deficientes mentais, ou contra aqueles que não podem oferecer resistência. Já o tipo previsto no artigo 215-A prevê tão somente a prática de ato libidinoso, contra pessoa, sem a sua anuência, visando satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro.

Verificamos, portanto, que há duas principais diferenças entre os tipos mencionados. Enquanto o crime de importunação sexual, ao empregar a expressão “alguém”, confere abrangência aos sujeitos passivos da infração, o delito do artigo 217-A elenca expressamente quais os sujeitos passivos do crime (vulneráveis). Já com relação à conduta descrita, temos que o tipo do artigo 215-A restringe-se à prática de atos libidinosos, ao passo que o artigo 217-A acrescenta a conjunção carnal.

Podemos concluir que a criação de tipos penais autônomos não foi em vão; o que se busca tutelar no delito de estupro de vulnerável é a proteção de um grupo específico de indivíduos, presumidamente vulneráveis. E é exatamente em vista dessa condição de vulnerabilidade que se faz presumir ser a violência da conduta. Por outro lado, a importunação sexual se mostra muito

26 Tribunal de Justiça de São Paulo, 12ª Câmara Criminal, Apelação criminal nº 1500279-98.2019.8.26.0048. Apelante: E.D.S. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. João Morenghi. São Paulo, Julgado em 28 de outubro de 2020.

27 Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONDUTA TÍPICA. CRIME CONSUMADO. WRIT NÃO CONHECIDO. “(...) Não é viável a aplicação do art. 215-A do Código Penal na hipótese de estupro de vulnerável, porque a conduta do agente possui elemento especializante, referente ao fato de ser a vítima incapaz, bem como de ser presumida a violência, sendo tais hipóteses regidas pelo art. 217-A do Código Penal, no qual é despidendo o consentimento da vítima e presumida a violência. O crime de estupro de vulnerável contempla duas condutas distintas, quais sejam, ter conjunção carnal com menor de 14 anos e praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça, essenciais ao tipo penal descrito no art. 213 do CP, dada a vulnerabilidade da vítima. A prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável constituiu consumação do delito de estupro de incapaz, não havendo se falar em tentativa ou desclassificação da conduta. (...)”. TJ/SP. Apelação Criminal nº 1500279-98.2019.8.26.0048. Relator: Des. João Morenghi. 12ª Câmara Criminal. São Paulo, DJe: 28/10/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=110619154&num_registro> Acesso em 20 nov. 2020.

mais ampla, aplicando-se a todo e qualquer indivíduo vítima de atos libidinosos, desde que não se trate de vulnerável.

Nesse mister, cabe fazer importante menção à atividade probatória nos crimes que atentam contra a dignidade sexual. Como é sabido, a realização de exame pericial é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Não obstante, verificamos que o exame pericial não está limitado tão somente à comprovação da materialidade do delito, tem, ainda, o condão de aferir a presença de elementares e circunstâncias que auxiliam no correto enquadramento entre o tipo penal e o caso concreto.

Em regra, a realização do exame pericial se dará de forma direta, hipótese em que a análise recai sobre o próprio corpo de delito, isto é, sobre o *conjunto de elementos sensíveis*²⁸ deixados por ele. Excepcionalmente será feito de forma indireta, hipótese em que o perito, impossibilitado de analisar o corpo de delito, recorre à análise de outros elementos mediatos para apuração da infração (filmagens, fotografias, fichas clínicas de atendimento etc).

Contudo, é importante ressaltar a possibilidade de suprimento da prova pericial por prova testemunhal, notadamente quando a infração não deixar vestígios ou, ainda, quando o laudo pericial for insuficiente para corroborar o fato criminoso, conforme o disposto no artigo 167 do Código de Processo Penal²⁹.

Por fim, deve-se ter em mente que os crimes contra a dignidade sexual são majoritariamente cometidos na ausência de testemunhas³⁰ e muitas vezes sequer deixam vestígios, o que pode

28 REIS, Alexandre C. A.; GONÇALVES, Victor E. R., Direito Processual Penal Esquemático, 7ª ed., Saraiva jur, 2018, p. 288.

29 “[...] 3. Não há que se falar em ausência de lesividade à vítima pelo fato de o laudo de conjunção carnal haver concluído pela inexistência de lesões, visto que os atos libidinosos praticados não consistiram em conjunção carnal e, portanto, podem não ter deixado vestígios capazes de serem apurados mediante exame de corpo de delito. 4. Na hipótese, conforme consignado pelo Juízo sentenciante, à materialidade delitiva, considerando os atos executórios do crime descritos na denúncia, consubstancia-se pela prática concreta de atos libidinosos que embora não tenham deixado vestígios físicos a serem apurados por ocasião da realização do exame de corpo de delito, deixaram sequelas psíquicas detectadas por profissionais da área.” 5. Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos. Precedentes. 6. Habeas corpus não conhecido.” (6ª Turma, HC 258.943/MT, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJ 13.05.2014).

30 Marcão e Gentil fazem menção a chamada “credibilidade do ofendido”, aduzindo que a probabilidade de o relato da vítima ser verídico decorre do fato de que dificilmente um indivíduo se submeteria a exposição do processo judicial, senão almejando a punição de seu agressor: “A credibilidade do ofendido, em processos dessa espécie, decorre da suposição de que, em se tratando de delitos que normalmente envolvem a utilização não consentida do seu próprio corpo, para servir à lascívia alheia, dificilmente alguém irá se expor à vergonha de levar o assunto ao Judiciário se não tiver boa razão para tanto. Essa boa razão é identificada como o sofrimento de uma violação verdadeira por parte daquele que se diz vítima e sua boa-fé em colaborar para uma reta apuração dos fatos”. GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 120.

acarretar insuficiência probatória. Não obstante, devemos destacar que o depoimento do ofendido é decisivo à elucidação dos fatos criminosos, conforme apontam os tribunais, senão vejamos:

“Urge obtemperar, a propósito, que, em tema de infrações sexuais intencionalmente praticados na clandestinidade, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixando quaisquer vestígios a palavra das vítimas consiste em importante elemento de convicção e assume especial relevância na elucidação dos fatos e na identificação do autor, máxime quando em sintonia com os demais informes probatórios, como no caso em testilha, e porque não detectado qualquer interesse em prejudicá-lo gratuita e falsamente.”³¹

3. Conceito de vulnerabilidade do ofendido

A expressão surge em substituição à presunção de violência, anteriormente prevista de forma isolada no artigo 224 do Código Penal. Segundo aponta Nucci³², em que pese ter sido positiva a alteração, subsiste, ainda, no conceito de vulnerável, uma presunção, qual seja, a de fragilidade e indefensabilidade do sujeito passivo:

“A mudança na terminologia configura-se adequada (...). Emerge o estado de vulnerabilidade e desaparece qualquer tipo de presunção. (...) Independentemente de se falar em violência, considera a lei inviável, logo, proibida, a relação sexual mantida com tais vítimas, hoje enumeradas no art. 217-A do Código Penal. Não deixa de haver uma presunção nesse caso: baseado em certas probabilidades, supõe-se algo. E a suposição diz respeito à falta de capacidade para compreender a gravidade da relação sexual”.

31 TJ/SP. REVISÃO CRIMINAL: RVCR 0015322-02.2019.8.26.0000 – SP 0015322-02.2019.8.26.0000 Relatora: Des. Cláudia Fonseca Fanucchi. DJ: 03/10/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765313894/revisao-criminal-rvcr-153220220198260000-sp-0015322-0220198260000/inteiro-teor-765313932>> Acesso em: 20 jan. 2021

32 NUCCI, Guilherme de Souza; Curso de direito penal: Parte Especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 130.

No crime de estupro de vulnerável, a vulnerabilidade decorre de condições específicas do ofendido, quais sejam, possuir idade inferior a catorze anos, enfermidade mental ou, ainda, ter o discernimento tolhido por alguma circunstância diversa. A vulnerabilidade deste grupo de indivíduos decorreria, portanto, da incapacidade de compreensão, seja esta incapacidade temporária ou permanente, para a prática de atos sexuais ou libidinosos, o que implica na impossibilidade de aquiescência para os mesmos.

Em vista dessas condições, entendeu o legislador que os sujeitos passivos deste crime demandavam proteção especial, e por isso optou por prescrever reprimenda superior a do estupro (artigo 213), cuja pena cominada em abstrato é de seis a dez anos; os autores do crime de estupro de vulnerável, na modalidade simples prevista no *caput*, estão sujeitos à pena de 8 a 15 anos de reclusão.

Os sujeitos passivos do delito, então chamados vulneráveis, são os elencados no *caput* do artigo 217-A, bem como os descritos no § 1º do mesmo. Integram o rol os *i) os enfermos ou deficientes mentais, ii) aqueles que, por outra causa, não puderem oferecer resistência, independentemente da idade, e iii) os menores de catorze anos*. Veremos, adiante, as particularidades de cada um deles.

Mister ressaltar, contudo, que o agente deve conhecer a condição da vítima, sabendo tratar-se de menor de catorze anos, enfermo ou deficiente mental, ou de pessoa que não possui o necessário discernimento para a prática sexual ou libidinoso. O dolo, no crime do artigo 217-A, é direto, vale dizer, o agente deve ter conhecimento inequívoco da condição do ofendido, e genérico, tendo em vista não ser necessária uma segunda intenção do agente, que não a satisfação da própria lascívia³³.

Importante ressaltar que caso o sujeito ativo assumo ter a vítima idade superior a catorze anos, ou estar em plenitude de suas faculdades mentais, ou ainda, ter o necessário discernimento para a prática sexual, poderá incorrer no chamado erro de tipo essencial. Isto ocorre porque o agente tem uma falsa percepção da realidade, de modo que erra sobre elemento essencial do tipo penal³⁴. Errando sobre a ilicitude da conduta, incidindo, portanto, no chamado erro de proibição, o agente

33 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 205-206.

34 Se o erro for escusável, exclui-se o dolo e a culpa, contudo, se o erro for inescusável, exclui-se somente o dolo, permitindo a punição por crime culposo, se previsto em lei, nos termos do artigo 20 do Código Penal.

poderá ter sua pena reduzida ou culpabilidade afastada, consoante o disposto no artigo 21 do Código Penal³⁵.

4. Sujeitos passivos do estupro de vulnerável

4.1. Enfermos e deficientes mentais

Ao prever como vulneráveis os enfermos e os deficientes mentais, o legislador preocupou-se em fazer uma importante ressalva: somente poderão figurar como sujeitos passivos do estupro de vulnerável aqueles que não possuírem o discernimento necessário à prática do ato. De se notar que o Código Penal refletiu as alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015, popularmente conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015 promoveu significativas mudanças no tocante ao tratamento dado às pessoas com deficiência. A título de exemplo, tivemos a revogação do inciso II do artigo 3º do Código Civil, que tratava como absolutamente incapazes aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tinham o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Hoje, somente serão considerados relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade³⁶.

Verifica-se, portanto, que as pessoas que gozam de algum tipo de deficiência de ordem física, mental, intelectual ou sensorial são consideradas absolutamente capazes, nos termos do artigo 2º, *caput*, da Lei 13.146/2015³⁷. Esta ideia decorre do artigo 6º do Estatuto da Pessoa com

35 “O erro de proibição ocorre quando o agente não compreende um fato como ilícito ou o enxerga como permitido. Mas, ao contrário do erro de tipo, o erro de proibição apenas poderá excluir a culpabilidade do agente, mas não o seu elemento subjetivo (no caso o dolo), assim, apenas permitirá a não punição da conduta em virtude da falta de culpabilidade ou a diminuição de pena, em razão do menor grau de reprovabilidade – tudo a depender do grau do erro.” Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/erro-de-tipo-proibicao/>> Acesso em 19 nov. 2020.

36 Gonçalves, Camila J. M. O art. 1.072 do novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: revogação do inciso IV do art. 1.768 do Código Civil? Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 2016. Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/artigos/1165/O+art.+1.072+do+novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civil+e+o+Estatuto+da+Pessoa+com+Defici%C3%Aancia:+revoga%C3%A7%C3%A3o+do+inciso+IV+do+art.+1.768+do+C%C3%B3digo+Civil%3F+++/>> Acesso em 18 nov. 2020

37 Artigo 2º, *caput*, da Lei 13.146/2015: “Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm> Acesso em 18 nov. 2020.

Deficiência³⁸, o qual dispõe que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa para o casamento ou união estável, exercício dos direitos sexuais e reprodutivos etc.

Segundo Maximiliano Fuher³⁹, os termos enfermidade e deficiência mental podem ser definidos como:

“Enfermidade é qualquer doença mental ou física com efeitos mentais que prive a vítima do discernimento necessário, como são, em princípio, a esquizofrenia, as psicoses em geral, a epilepsia e a demência senil, por exemplo.

Deficiência mental corresponde à oligofrenia (cretinismo, mongolismo, microcefalia, macrocefalia e oligofrenia difenilpiruvínica). O índice de deficiência é normalmente calculado pelo quociente de inteligência (QI) e pela idade mental.”

O discernimento, por sua vez, é a faculdade de apreciar, escolher. Segundo Marcão e Gentil⁴⁰, o discernimento deve ser sempre aferido em função do ato sexual. Não é outra coisa senão a capacidade de compreensão da prática do ato sexual e das consequências sociais, morais e físicas que envolvem o relacionamento sexual⁴¹.

Parece-nos, pois, que o entendimento conferido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que hoje considera os enfermos e deficientes mentais plenamente capazes para a prática dos atos da vida civil, buscou conferir tratamento isonômico a esses indivíduos, na medida em que reconhece sua independência e aptidão para o exercício dos atos da vida civil, assim como para o

38 Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

39 FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

40 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 202.

41 FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

desenvolvimento de relações sexuais, já que podem consentir validamente com a prática do ato sexual. Por isso importante destacar a lição trazida por Rogério Greco⁴²:

“É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual.”

Assim, deve-se distinguir aqueles que estão absolutamente tolhidos do discernimento necessário, e portanto, impossibilitados de externarem consentimento válido, daqueles que possuem alguma deficiência ou enfermidade mental que não constitui óbice à compreensão e eventual consentimento para a prática sexual. Em vista disso, caberá ao julgador realizar uma análise criteriosa do caso concreto, a fim de aferir se o ofendido tinha possibilidade de discernir para prática do ato sexual.

Não obstante, são exigíveis de serem ofertadas provas materiais das causas de vulnerabilidade do ofendido, já que, se ausente esta condição, tem o condão de afastar a incidência do tipo penal. Assim, para que se possa apurar enfermidade ou deficiência mental que impeça o necessário discernimento à prática do ato sexual, será necessária realização de exame pericial por psiquiatra⁴³. Segundo aponta Luís Augusto Sanzo Brodt⁴⁴:

“(…) entendemos que à constatação da vulnerabilidade não bastam a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental. Caso contrário, ficaríamos atrelados a uma interpretação

42 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, v. III. p. 516.

43 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 209.

44 BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. Ciências penais, vol. 13, p. 170.

puramente literal da lei. É preciso proceder a uma interpretação sistemática, em homenagem ao princípio constitucional penal da culpabilidade (art. 5.º, LVII, da CF). A exigência da responsabilidade penal subjetiva, requisito imprescindível à observância do princípio da culpabilidade entendido *lato sensu*, afasta, na hipótese, o emprego manifesto da presunção *jure et de jure*. Assim, ainda que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade equivalente com pessoa menor de 14 anos ou doente mental, é possível que não reste caracterizado o crime do art. 217-A.”

4.2. Aqueles que não podem oferecer resistência

Dando continuidade ao grupo de indivíduos que gozam de proteção especial, então classificados como vulneráveis nos termos do artigo 217-A, temos aqueles que não podem oferecer resistência, vale dizer, aqueles que não podem fazer oposição à conduta do sujeito ativo. Essa incapacidade pode ser permanente ou temporária, duradoura ou ligeira, motivada por causas naturais ou provocada⁴⁵.

A resistência é uma escolha consciente do ofendido, que insurge-se contra investida de terceiro. Segundo Maximiliano Fuher⁴⁶, a incapacidade de oferecer resistência se faz presente nos casos de “*intoxicação por álcool ou outras drogas, no estado de coma, no hipnotismo, durante o sono e nas demais situações de fragilidade física ou mental, por doença ou por idade*”.

Devemos salientar, novamente, que o crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A) cometido contra quem não pode ofertar resistência não se confunde com o crime de violação sexual mediante fraude (artigo 215). Quando a vítima está absolutamente privada do discernimento necessário para a prática sexual devido à sua condição de vulnerável, seja por sua tenra idade, enfermidade mental ou, *in casu*, porque outra causa o impossibilita de oferecer resistência, o delito é o do artigo 217-A.

45 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 199.

46 FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

No delito de violação sexual mediante fraude (artigo 215), por sua vez, o ofendido, tem capacidade de consentir, não sendo, portanto, pessoa vulnerável⁴⁷. Esta vontade, no entanto, decorre de falsa percepção da realidade, na medida em que o agente, utilizando-se de meios fraudulentos, cria uma situação que leva a vítima a erro, tornando seu consentimento viciado.

Desta feita, podemos constatar que a principal diferença entre os delitos é o nível de comprometimento da capacidade de resistência da vítima; se totalmente ausente, restará configurado o crime do artigo 217-A, se parcialmente reduzida, havendo ao menos uma margem de discernimento pelo ofendido, o crime será o do previsto no artigo 215⁴⁸. Nesse sentido o autor Emanuel da Rosa⁴⁹:

“Se o entorpecimento que acometer a vítima for suficiente tão somente a anuviar seu discernimento sobre o que estiver fazendo, mas não for capaz de deixá-la inconsciente a ponto de não poder oferecer resistência, configuraria o delito do Art. 215. Ao contrário, se em decorrência da administração da substância a vítima perdesse os sentidos não podendo ofertar qualquer resistência, seria então o caso de estupro de vulnerável (Art. 217-A, §1º)”.

Parece-nos que, no tocante ao crime de estupro simples, é mais nítida a distinção entre os delitos. No crime de estupro (artigo 213), a vontade do ofendido é vencida, ou seja, embora esteja consciente e possua o necessário discernimento, o ofendido é constrangido, mediante violência ou grave ameaça, a praticar conjunção carnal ou atos libidinosos. Em outras palavras, no crime de estupro pode-se falar em possibilidade de resistência, em vista da capacidade de discernir do ofendido.

47 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 158-159.

48 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68-69.

49 Rosa, Emanuel M. da. **Os crimes sexuais e as alterações realizadas pela Lei 12.015/2009**. Disponível em: <<https://www.correioforense.com.br/opiniaao/os-crimes-sexuais-e-alteracoes-realizadas-pela-lei-12-0152009/>> Acesso em 19 nov. 2020

No delito de estupro de vulnerável (artigo 217-A), entretanto, há proteção a um grupo determinado de indivíduos: os menores de catorze anos, enfermos e deficientes mentais, e os que não podem oferecer resistência. Essas condições específicas do sujeito passivo o tornam pessoa vulnerável, a qual, diante da ausência do necessário discernimento, presume-se estar impossibilitada de oferecer resistência. Conforme nos lembra Gentil e Marcão⁵⁰, *“a resistência é uma opção consciente, dependendo, portanto, do prévio discernimento, ainda que parcial”*.

4.3. Menores de catorze anos: a polêmica da relativização da violência do estupro diante do consentimento do ofendido

A criação do tipo penal do artigo 217-A e a conseqüente revogação do crime de atentado violento ao pudor (artigo 214) acabaram por dar continuidade ao debate doutrinário acerca da presunção de violência no estupro de vulnerável. Isto porque discute-se se a redação do novo artigo considera a vulnerabilidade como elementar do tipo penal. O debate se mostra relevante na medida em que o reconhecimento da relativização da vulnerabilidade do ofendido, diante do seu consentimento, teria o condão de afastar a tipicidade da conduta, tornando o fato atípico.

Guilherme de Souza Nucci filia-se à parcela da doutrina⁵¹ que entende ser possível elidir o delito de estupro de vulnerável quando o ofendido consente para a prática do ato sexual ou libidinoso. Segundo o autor⁵², o uso da terminologia “estupro” na nomenclatura do tipo penal do artigo 217-A implica no cometimento de uma conduta criminosa praticada contra a vontade do ofendido. Logo, se a conduta praticada é aceita pelo ofendido, não há que se falar em crime de estupro de vulnerável, sendo o fato, portanto, atípico.

Para Nucci⁵³, a alteração promovida pela Lei n. 12.015/2009 no tocante à retirada da presunção de violência absoluta outrora prevista no artigo 224 apenas deu lugar à presunção de

50 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 202-203.

51 Corroborando a tese, a doutrina de André Estefam aduz: “(...) entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se trata de adolescentes (indivíduos com 12 anos completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua ‘dignidade sexual’)”. STEFAM, André. Direito Penal - Parte Especial, 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 166.

52 GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193.

53 NUCCI, Guilherme de Souza; Curso de direito penal: Parte Especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 130.

vulnerabilidade do sujeito passivo, não sendo suficiente para assentar ser absoluta tal presunção. Assim, teria havido, em verdade, uma incorporação das hipóteses em que se considerava presumida a violência – anteriormente prevista no rol de sujeitos passivos numerados no artigo 224 –, no artigo 217-A, o qual passou a nomeá-los como vulneráveis⁵⁴. Conforme aponta o autor⁵⁵:

“A mudança na terminologia configura-se adequada, retirando-se a expressão presunção de violência. Emerge o estado de vulnerabilidade e desaparece qualquer tipo de presunção. (...) Independentemente de se falar em violência, considera a lei inviável, logo, proibida, a relação sexual mantida com tais vítimas, hoje enumeradas no art. 217-A do Código Penal. Não deixa de haver uma presunção nesse caso: baseado em certas probabilidades, supõe-se algo. E a suposição diz respeito à falta de capacidade para compreender a gravidade da relação sexual.”

Para Nucci⁵⁶, os avanços sociais e culturais acabaram ocasionando uma mudança no comportamento das crianças e adolescentes, os quais ficaram mais precoces. Segundo o autor, “*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*”. Aduz, ainda, que o legislador perdeu a oportunidade de harmonizar o ordenamento

54 De acordo com Nucci: “Houve um nítido retrocesso, no campo do consentimento da vítima, quando menor de 14 anos, para relações sexuais, em face do que havia antes da reforma de 2009. Tratava-se, anteriormente, da chamada presunção de violência. Quem tinha menos que 14 anos era presumidamente incapaz de consentir, logo, qualquer ato libidinoso com essa pessoa era tido por violento, logo, estupro ou atentado violento ao pudor. Hoje, unificado o estupro e o atentado violento ao pudor, criou-se o art. 217-A do CP, apenas dizendo ter qualquer relação sexual com menor de 14 anos: pena de reclusão de 8 a 15 anos. Assim sendo, os tribunais, em sua maioria, passaram a refutar, o que antes se admitia, a vulnerabilidade relativa da vítima. Por vezes, pessoas com 12 ou 13 anos (já adolescentes) têm perfeito conhecimento do sexo e o praticam, nem sempre como profissionais do sexo, mas com namorados ou companheiros. Hoje, tem prevalecido o caráter absoluto da idade: menos de 14 é estupro. (...) Contudo, generalizar a vulnerabilidade absoluta entra em choque com a atual criação dada aos jovens.” NUCCI, Guilherme de Souza; Curso de direito penal: Parte Especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 134-135.

55 NUCCI, Guilherme de Souza; Curso de direito penal: Parte Especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 130.

56 NUCCI, Guilherme de Souza; Curso de direito penal: Parte Especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 131.

jurídico de modo a compatibilizar o critério etário previsto no tipo com o conceito de criança previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁷.

A tese consubstanciada no consentimento do ofendido nos remete diretamente à chamada “Exceção de Romeu e Julieta”⁵⁸. Esta teoria norte-americana, que se tornou lei em alguns estados da federação (*Romeo & Juliet Law*)⁵⁹, implica na relativização da presunção da violência do ato sexual diante do consentimento do ofendido. Os principais parâmetros adotados pelos estados que acolheram essa lei são a fixação de uma idade para o consentimento – que varia entre 16, 17 e 18 anos a depender do estado –, e a diferença etária entre autor e vítima⁶⁰.

Em uma interpretação analógica da *Common Law* norte-americana, podemos dizer que a idade para o consentimento no Brasil é de catorze anos, dois anos abaixo da idade mínima para o consentimento exigida nos estados norte-americanos que adotam a *Romeo & Juliet Law*, e dois

57 Nesse contexto, relembramos a proposta de redução da menor idade do crime de estupro de vulnerável, com a diminuição etária de 14 (quatorze) para 12 (doze) anos de idade, com base no critério estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, apresentada no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro pelo Projeto de Lei do Senado Federal (PLS), sob nº 236, proposto no ano de 2012. Segundo o PLS, a redação do artigo passaria a ser: “Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos: Pena - prisão, de oito a doze anos. § 1º. Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento. Aumento de pena: § 2º. A pena será aumentada de um sexto até a metade se resultar gravidez ou doença sexualmente transmissível. § 3º. Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no caput, a pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.” Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>> Acesso em 24 nov. 2020.

58 No romance, Julieta Capuleto, com treze anos, e Romeu Montéquio, com dezessete, se enamoram perdidamente, paixão esta terminantemente proibida por suas famílias, em vista da rivalidade que possuíam. No Direito Penal, o romance entre o casal shakespeariano foi utilizado como parâmetro para embasar a lei norte-americana apelidada de *Romeo and Juliet Law*. Esta seria aplicada nos casos em que ofendido e ofensor têm idade próxima e praticam ato sexual ou libidinoso de forma consensual. Assim, o consentimento mútuo afastaria a presunção da violência (ou vulnerabilidade), e, conseqüentemente a figura do estupro de vulnerável. De se observar, contudo, que a lei estrangeira pode conter variações no tocante ao marco etário, assim como eventuais acréscimos aos parâmetros ora fixados.

59 Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0900-0999/0943/Sections/0943.04354.html> Acesso em 23 nov. 2020.

60 A título de exemplo, podemos mencionar trecho da seção 943.04354, Capítulo 943, Título XLVII do Estatuto da Flórida, datado de 2008, que dispõe não ser considerado agressor sexual para fins de registro o indivíduo que tenha mantido relações sexuais com indivíduo maior de catorze anos e menor de dezessete, desde que respeitada a diferença de no máximo quatro anos de idade em relação a vítima, conforme o trecho em destaque: “*For purposes of this section, a person shall be considered for removal of the requirement to register as a sexual offender or sexual predator only if the person: (a) Was or will be convicted or adjudicated delinquent of a violation of s. 794.011, s. 800.04, or s. 847.0135(5) or the person committed a violation of s. 794.011, s. 800.04, or s. 847.0135(5) for which adjudication of guilt was or will be withheld, and the person does not have any other conviction, adjudication of delinquency, or withhold of adjudication of guilt for a violation of s. 794.011, s. 800.04, or s. 847.0135(5); (b) Is required to register as a sexual offender or sexual predator solely on the basis of this violation; and (c) Is not more than 4 years older than the victim of this violation who was 14 years of age or older but not more than 17 years of age at the time the person committed this violation*”. Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0900-0999/0943/Sections/0943.0435.html> Acesso em 23 nov. 2020

anos abaixo do conceito de relativamente incapaz, previsto na legislação civil. Assim, a partir dessa idade, o adolescente seria livre para consentir com a prática de conjunção carnal ou atos libidinosos, sem que houvesse qualquer intervenção do Estado em sua vida privada. Contudo, se contar com idade inferior a catorze anos e mantiver relações sexuais, é possível que figure, ainda que contra a sua vontade, como sujeito passivo do delito de estupro de vulnerável.

Todavia, em que pese sustentar que, em havendo consentimento do menor de catorze anos, seria possível relativizar sua vulnerabilidade, a doutrina brasileira não estipula outros critérios para que seja aplicada a relativização. E, malgrado não guarde respaldo na legislação penal, vem-se adotando entendimento favorável à relativização diante do consentimento do ofendido. O que se verifica na prática é uma forte tendência à absolvição do réu acusado de praticar estupro de vulnerável quando, em havendo consentimento, constata-se que a vítima e acusado possuem pouca diferença de idade e há relacionamento amoroso entre eles. Vejamos:

“Não há notícia nos autos de qualquer tipo de violência, grave ameaça, ou comprovação do dolo do réu em forçar, de qualquer modo, a prática sexual ou se valer da vulnerabilidade da ofendida para tanto. Muito pelo contrário, em todas as declarações foi possível constatar a existência de sentimentos sinceros de carinho e de zelo recíprocos. Não se trata exatamente de uma situação de abuso sexual, mas de precocidade e, como tal, seria uma hipocrisia impor pesada pena ao denunciado, quando há na mídia e, principalmente, nas novelas, filmes, seriados e programas de televisão, todo um estímulo à sexualidade, fazendo que, cada vez mais cedo as meninas despertem para essa realidade. Nesse passo, nos casos em que há um relacionamento amoroso, reconhecido pela família e consentimento da menor nas práticas sexuais, resta relativizada a presunção de violência, em razão da idade da ofendida.”⁶¹

61 TJ/RS. APELAÇÃO CRIMINAL nº 70082908633 – RS processo nº 0262772-44.2019.8.21.7000. Relatora: Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, DJ: 27/01/2020. **Conjur**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-camara-criminal-tj-rs-mantem.pdf>> Acesso em 23 nov. 2020.

Cabe ressaltar que a ausência de previsão legislativa de parâmetros que viabilizem a aplicação da teoria que propõe a relativização dá ensejo a interpretações diversas pelos tribunais. Isto porque a expressão “pouca diferença de idade” é frequentemente empregada para fundamentar decisões absolutórias, e, por tratar-se de conceito essencialmente vago, dá margem a interpretações muito subjetivas dos magistrados. Um magistrado pode entender que um acusado de dezessete anos que teve conjunção carnal consensual com ofendido menor de catorze anos deve ser absolvido em razão da “pouca diferença de idade”; por outro lado, pode o magistrado condenar o acusado de vinte e dois anos, julgando ser expressiva a diferença etária.

Insurge-se, ainda, a problemática da existência de relacionamento amoroso entre o autor e a vítima para fins de absolvição por atipicidade de conduta. Embora seja outro critério jurisprudencial comumente utilizado, na maioria das vezes em conjunto com o critério da inexpressiva diferença etária entre autor e vítima, vincular a prática sexual à existência de um relacionamento amoroso pode parecer um parâmetro conservador. A contradição reside no reconhecimento da autonomia juvenil para ingressar na vida sexual que sucumbe quando o ato sexual é praticado casualmente.

Outra questão a ser enfrentada é a hipótese conhecida como estupro de vulnerável bilateral, configurada quando dois adolescentes menores de catorze anos ou duas crianças mantêm relações sexuais. Neste caso, ambos os adolescentes são considerados vulneráveis, e seriam, simultaneamente, autor e vítima do delito. Se entende-se que a legislação penal prescreve uma presunção absoluta de vulnerabilidade dos menores de catorze anos, a prática de atos sexuais, ainda que de forma consentida, faria com que ambos respondessem por ato infracional análogo ao delito de estupro de vulnerável, tornando-os sujeito ativo e passivo do delito.

Ora, se se reconhece a capacidade de responsabilização pelos atos cometidos por crianças e adolescentes, os quais estão sujeitos à aplicação de medidas socioeducativas, seria possível, portanto, sustentar que essas mesmas crianças e adolescentes gozam de alguma capacidade de compreensão para a prática de atos sexuais? Nessa linha de raciocínio, se os menores de catorze anos são passíveis de serem responsabilizados mediante a aplicação de medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, poder-se-ia alegar que também teriam capacidade para discernir e consentir à prática sexual.

Em que pese subsistirem numerosas decisões judiciais absolutórias, que se utilizam dos parâmetros da inexpressiva diferença etária entre o autor e a vítima, bem como a existência de

relacionamento amoroso entre eles, verificamos que a tese da relativização da presunção da violência diante do consentimento do ofendido menor de catorze anos mostra-se contrária ao entendimento dos tribunais superiores. Todavia, foi somente no ano de 2017 que o expressivo número de decisões judiciais que reconheciam a relativização da vulnerabilidade do ofendido menor de catorze anos provocou a edição da Súmula n. 593 pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual sedimentou entendimento rechaçando qualquer tipo de relativização, vejamos⁶²:

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

Nesse mesmo sentido já havia se manifestado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

“**A presunção de violência no crime de vulnerável, menor de 14 anos, não é elidida pelo consentimento da vítima ou experiência anterior,** e a revisão dos fatos considerados pelo juízo natural é inadmissível da via eleita, porquanto enseja revolvimento fático-probatório dos autos. Precedentes: ARE 940.701-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/04/2016, e HC 119.091, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 18/12/2013’ (HC 124.830 AgR/MT, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19.5.2017); ‘**A jurisprudência desta Corte Suprema perfilha entendimento de ser absoluta a presunção de violência nos casos de crime de estupro praticado contra menor de catorze anos (estupro de vulnerável), independentemente da conduta ter sido praticada, antes ou depois, da vigência da Lei 12.015/2009.**”

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 593. In: _____. Súmulas. Revista Eletrônica. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf> Acesso em 13 nov. 2020.

Precedentes' (ARE 941.701 AgR/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 12.4.2016).”⁶³ (grifamos)

No entanto, a edição da Súmula n. 593 pelo STJ não foi suficiente para pôr fim à relativização da vulnerabilidade dos ofendidos menores pelos magistrados, de modo que coube ao legislador promover alteração da redação do artigo 217-A, por meio da inclusão do § 5º, pela Lei n. 13.718/2018. A redação prescreve, de maneira inequívoca, que aplicar-se-ão as reprimendas cominadas no tipo penal independentemente do consentimento ou experiência sexual prévia do ofendido: *“As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”*⁶⁴.

Por fim, cabe lembrar que a própria Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado n. 253/1994, oriunda da CPMI instaurada em 12 de junho de 2003 com a finalidade de apurar a violência sexual e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes, já havia manifestado entendimento inequívoco afirmando estar superada a questão da presunção relativa da vulnerabilidade (ou violência), consoante o trecho abaixo:

“Esse artigo, que tipifica o estupro de vulnerável, substitui o atual sistema de presunção de violência contra a criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção legal 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 possuir discernimento para a prática do ato sexual, e

63 STF. AgR HC nº 124.830/MT. Relator: Ministro Luiz Fux. 19 maio 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769800249/agreg-no-habeas-corpus-agr-hc-124830-mt-mato-grosso-9999402-932014100000#:~:text=VIOL%C3%8ANCIA%20PRESUMIDA,-REVOLVIMENTO%20DO%20CONJUNTO&text=A%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20viol%C3%AAncia%20no,revolvimento%20f%C3%A1tico%20probat%C3%B3rio%20dos%20autos>. Acesso em: 23/11/2020

64 Artigo 217-A, §5º do Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 23/11/2020

aquele que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência ou sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos de proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais”.⁶⁵

Em que pese parecer restar superada a possibilidade de relativização da vulnerabilidade do menor de catorze anos, diante da interpretação literal do texto legislativo, deve-se levar em consideração a realidade social brasileira. Devemos advertir, contudo, que esse argumento muitas vezes é utilizado para legitimar a relativização, já que invoca-se o princípio da adequação social, sustentando-se que o julgador deve se atentar à realidade brasileira, marcada por uma “precocidade juvenil”, a fim de permitir a relativização da vulnerabilidade, ignorando por completo outro aspecto desta mesma realidade: o da hostilização sexual de crianças e adolescentes.

É o que podemos constatar quando nos deparamos com dados que apontam que do total dos 184.524 casos de violência sexual ocorridos entre os anos de 2011 e 2017, 31, 5% dos crimes foram cometidos contra crianças (idade inferior a 12 anos⁶⁶) e 45% contra adolescentes (idade compreendida entre 12 e 18 anos), segundo apurado pelo Ministério da Saúde⁶⁷. Identificou-se, também, que em 51, 2% dos casos as crianças possuíam idade entre um e cinco anos.

Segundo apontam os dados, 76,5% das vítimas de violência sexual foram crianças e adolescentes. Do montante de crianças vítimas de abusos sexuais, pouco mais da metade tinha

65 Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/84599>> Acesso em 30 jan. 2021.

66 Segundo dispõe o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069/1990): “*Considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade*”.

67 Disponível em <<https://observatorio3setor.org.br/noticias/por-hora-4-meninas-de-ate-13-anos-sao-vitimas-de-estupro-no-brasil/>> Acesso em 08 nov. 2020

idade inferior a 5 anos e o restante das vítimas tinha até 12 anos de idade⁶⁸. Sustentar a relativização da vulnerabilidade implicaria no reconhecimento de que esse grupo de vítimas poderia dar o seu consentimento, ou até mesmo manifestar vontade à prática de ato sexual. Conforme vimos, a Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado n. 253/1994 enuncia a necessidade de tutela da dignidade sexual dos sujeitos vulneráveis, em observância ao preceito fundamental reconhecido pela nossa Constituição Federal de 88.

5. Conclusão

Conforme vimos, as Leis 12.015/2009 e 13.718/2018 foram responsáveis por promoverem significativas alterações no Título VI do Código Penal, das quais destacamos: a alteração da nomenclatura do título VI para “Dos crimes contra a dignidade sexual”, consagrando, assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; a mudança da natureza jurídica da ação penal dos crimes do Título VI, que passou a ser pública incondicionada; e, por fim, a criação e os efeitos da inserção de tipo penal novo, qual seja, o estupro de vulnerável (artigo 217-A).

Inicialmente, apontamos que a criação de tipo penal autônomo evidenciou a preocupação de se tutelar bem jurídico diferenciado: a dignidade sexual do vulnerável, e não sua liberdade sexual, já que não se pode falar em consentimento válido dos ofendidos vulneráveis. Vimos, ainda, que o tipo penal inovou ao elencar um rol de sujeitos passivos próprio no capítulo II - “Dos crimes contra vulnerável”, quais sejam, os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais e aqueles que não puderem oferecer resistência.

O agrupamento das condutas que preveem a prática de conjunção carnal e atos libidinosos foi outra contribuição significativa da Lei n. 12.015/2009. A reunião das condutas provocou discussão acerca da modalidade do tipo: para parte da doutrina, o tipo é misto alternativo, o que implica reconhecimento de crime único diante da prática de duas ou mais condutas descritas. Por sua vez, existe argumento contrário, que sustenta ser o tipo misto cumulativo, já que não houve *abolitio criminis*, sendo perfeitamente possível a aplicação do concurso de crimes no caso concreto.

Ainda, vimos que a revogação do artigo 224, o qual elencava hipóteses em que se presumia ser absoluta a violência quando configurados os crimes dos artigos 213 (estupro) ou 214 (extinto atentado violento ao pudor), contribuiu significativamente para reacender antiga discussão

68 Disponível em <<https://observatorio3setor.org.br/noticias/por-hora-4-meninas-de-ate-13-anos-sao-vitimas-de-estupro-no-brasil/>> Acesso em 08 nov. 2020

doutrinária acerca da presunção relativa ou absoluta de violência nos crimes sexuais. Verificamos que a discussão que envolve a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade do ofendido no caso concreto, de modo a afastar a incidência do crime de estupro de vulnerável, permeia um conflito de interpretação da lei penal.

Para a doutrina majoritária, é possível relativizar a vulnerabilidade (ou violência) diante do consentimento do ofendido menor de catorze anos no crime de estupro de vulnerável. Segundo argumentam os autores, a terminologia empregada no tipo penal seria um indicativo que permitiria a relativização, pois, ao fazer uso da expressão “estupro”, crime no qual, valendo-se de violência ou grave ameaça, o agente pratica a conduta sempre de forma contrária à vontade do ofendido, a aquiescência deste teria o condão de elidir o delito. Desse modo, a ausência de previsão expressa de elementar que aborde o constrangimento no tipo penal seria outro permissivo da relativização, já que, se não há violência (real ou moral) e a conduta praticada é aceita pelo ofendido, não há que se falar em crime de estupro de vulnerável.

Demais, evocam os avanços sociais e culturais da nossa sociedade, que acabaram resultando numa precocidade juvenil que tem como consequência o ingressar prematuro na vida sexual. Por fim, aduzem que o legislador perdeu a oportunidade de promover uma harmonização lógico sistêmica ao equiparar o critério etário previsto no tipo penal do artigo 217-A com o conceito de criança previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, entendendo-se que a idade mínima correta para o consentimento seria 12 anos – idade limite para considerar um indivíduo criança.

O entendimento majoritário da doutrina pátria, consubstanciado na *Romeo & Juliet Law* norte-americana, vem ganhando destaque, na medida em que subsistem numerosas decisões jurisprudenciais favoráveis a esse entendimento. Conforme vimos, existe uma predisposição à absolvição do réu acusado de cometer estupro de vulnerável quando a) o ofendido menor de catorze anos deu o seu consentimento à prática dos atos sexuais, b) é insignificante a diferença etária entre autor e vítima, e c) existe um relacionamento amoroso entre eles.

Todavia, os tribunais superiores já haviam adotado posicionamento contrário, sustentando ser absoluta a presunção de vulnerabilidade, não havendo falar-se em aquiescência, haja vista a impossibilidade de os vulneráveis expressarem seu consentimento de forma válida. Essa é a razão pela qual tutela-se bem jurídico diferente do crime de estupro; quis o legislador proteger a dignidade sexual dos menores de catorze anos, deficientes e enfermos mentais, e ainda daqueles que não podem oferecer resistência. Desse modo, não seria possível falar em liberdade sexual, na

medida em que não possuem o necessário discernimento à prática do ato, estando, portanto, impossibilitados de consentirem com a prática de conjunção carnal ou atos libidinosos.

Podemos concluir, portanto, que o conflito decorre da interpretação legislativa do artigo 217-A. Para a doutrina que filia-se ao entendimento que reconhece a possibilidade de relativização diante do consentimento do ofendido menor de catorze anos, deve valer uma interpretação sistemática da lei penal, vale dizer, deve-se interpretar o dispositivo em consonância com o conjunto da legislação (Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo) e até mesmo com os princípios gerais de direito (*ultima ratio*).

Em sentido contrário, não se admitiria a relativização da vulnerabilidade do ofendido, pois prevaleceria uma interpretação gramatical da lei, isto é, aquela que leva em conta o sentido literal das palavras contidas na norma. Assim, entenderiam os proponentes desta vertente que, se o brocardo preconiza “*verba cum effectu sunt accipienda*”, em outras palavras, se não se presumem, na lei, palavras inúteis⁶⁹, não se pode ignorar a previsão expressa contida no parágrafo 5º do artigo 217-A: o consentimento ou eventual experiência sexual anterior do ofendido não têm o condão de afastar a incidência do tipo penal.

Em que pese a jurisprudência dos tribunais superiores ter assentado entendimento pacífico no sentido de considerar irrelevantes o consentimento do ofendido menor de catorze anos e eventual experiência sexual anterior para a configuração do crime de estupro de vulnerável, subsistem decisões absolutórias fundamentadas na inexpressiva diferença de idade entre autor e vítima, notadamente quando existe relacionamento amoroso entre eles. Desse modo, a conduta praticada seria afastada em razão da ausência de tipicidade formal, tornando o fato atípico.

No entanto, a relativização da vulnerabilidade do ofendido menor de catorze anos contraria o texto expresso da lei, assim como o entendimento pacificado e sumulado pelos tribunais superiores. Tal situação mostra-se extremamente problemática, já que dá margem a subjetivismos e enseja insegurança jurídica, na medida em que permite que o julgador faça uma análise casuística do caso concreto, o que pode levá-lo a adotar um posicionamento ora liberal, ora conservador.

Devemos ressaltar que o Direito Penal não busca interferir na esfera das relações pessoais dos indivíduos senão quando necessário, tal como preconiza o princípio da *ultima ratio*, tampouco visa proibir que adolescentes mantenham relações sexuais consentidas. Mas é exatamente em vista

69 Maximiliano, Carlos, *Heremênutica e Aplicação do Direito*, 8a. ed., Freitas Bastos, 1965, p. 262. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2004-fev-03/juiz_dispensar_exigencias_formais_documentos> Acesso em 22 jan. 2021.

da necessidade de conferir maior tutela às pessoas vulneráveis que o legislador buscou, com a criação do tipo penal do artigo 217-A, tutelar a pessoa vulnerável, que figura como vítima em 76,5% dos delitos sexuais apurados.

Ressaltamos, por fim, que o consentimento do ofendido não foi previsto em nosso ordenamento jurídico-penal como causa de exclusão da ilicitude do fato, razão pela qual somente poderia ser aceito quando o ofendido é capaz de consentir e quando tal consentimento recai sobre bem disponível.

Desta feita, podemos concluir que a expressa vedação legal contida na redação do § 5º do artigo 217-A, corroborada pelo entendimento pacífico dos tribunais superiores e aliada à realidade social brasileira, induzem a rejeição da tese que sustenta ser possível a relativização da vulnerabilidade do ofendido menor de catorze anos, ainda que ofertado seu consentimento.

6. Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.591.678/RS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 29 jun. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473653159/recurso-especial-resp-1591678-rs-2016-0091869-9/decisao-monocratica-473653169>. Acesso em: 20 jan. 2021

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593**. In: _____. Súmulas. Revista Eletrônica. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em 13 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 64.728/SP**. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior, 11 maio 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AEAARESP%27.clas.+e+@num=%2764728%27\)+ou+\(%27AgRg%20nos%20EDcl%20no%20AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%2764728%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AEAARESP%27.clas.+e+@num=%2764728%27)+ou+(%27AgRg%20nos%20EDcl%20no%20AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%2764728%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 15 março 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus 258.943/MT**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 27 maio 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102418/habeas-corporus-hc-258943-mt-2012-0236376-8-stj/inteiro-teor-25102419>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 124.830/MT**. Relator: Ministro Luiz Fux, 19 maio 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769800249/agreg-no-habeas-corporus-agr-hc-124830-mt-mato-grosso-9999402-932014100000#:~:text=VIOL%C3%AANCIA%20PRESUMIDA,-REVOLVIMENTO%20DO%20CONJUNTO&text=A%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20viol%C3%Aancia%20no,revolvimento%20f%C3%A1tico%20Dprobat%C3%B3rio%20dos%20autos>. Acesso em: 20 jan. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Revisão Criminal nº 0015322-02.2019.8.26.0000/SP**. Relatora: Desembargadora Cláudia Fonseca Fanucchi, 03 out. 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765313894/revisao-criminal-rvcr-153220220198260000-sp-0015322-0220198260000/inteiro-teor-765313932>. Acesso em: 20 jan. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (12ª Câmara Criminal). **Apelação criminal nº 1500279-98.2019.8.26.0048**. Relator: Desembargador João Morengi, 28 de out. de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=110619154&num_registro. Acesso em 20 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 7008290863/RS**. Relatora: Desembargadora Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, 2 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-camara-criminal-tj-rs-mantem.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora**. Ciências penais, vol. 13, jul/2010.

CONEGUNDES, Karina Romualdo. **A dignidade sexual à luz da Teoria do Bem Jurídico**. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS. Viçosa. Volume X, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54575>. Acesso em 31 jan. 2021.

DA SILVA, Douglas Rodrigues. **Entenda a diferença entre erro de tipo e erro de proibição**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/erro-de-tipo-proibicao/>. Acesso em 19 nov. 2020.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais: comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTEFAM, André. **Direito Penal - Parte Especial, 3**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Vicente G. **Uma interpretação de duvidosa dignidade**. Site da Ordem dos Advogados do Brasil São Paulo. Disponível em https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-antteriores/mulher-advogada/gestao-2007-2009/eventos/2009/vicente_filho.pdf. Acesso em 03 nov. 2020.

FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: 1981, v. VIII.

LIMA, Mariana. **Por hora, 4 meninas de até 13 anos são vítimas de estupro no Brasil**. Observatório 3º setor. 15 out. 2019. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/por-hora-4-meninas-de-ate-13-anos-sao-vitimas-de-estupro-no-brasil/>. Acesso em 08 nov. 2020

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 8a. ed., Freitas Bastos, 1965. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-fev-03/juiz_dispensar_exigencias_formais_documentos. Acesso em 22 jan. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo, RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: Parte Especial: arts. 213 a 361 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil C.; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)**. Disponível em: [https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/#:~:text=Com%20o%20advento%20da%20Lei,15%20\(quinze\)%20anos%E2%80%9D](https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/#:~:text=Com%20o%20advento%20da%20Lei,15%20(quinze)%20anos%E2%80%9D). Acesso em 13 nov. 2020.

REIS, Alexandre C. A.; GONÇALVES, Victor E. R. **Direito Processual Penal Esquematizado**, 7ª ed., Saraiva jur, 2018.

ROSA, Emanuel Motta da. **Os crimes sexuais e as alterações realizadas pela Lei 12.015/2009**. Correio Forense. 21/06/2014. Disponível em: <https://www.correioforense.com.br/opiniaos-crimes-sexuais-e-alteracoes-realizadas-pela-lei-12-0152009/>. Acesso em 19 nov. 2020.

SÁ, Rodrigo Moraes. **Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor**. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXII, Nº. 000011, 10/07/2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoestuprodevulneravelenviar.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020

The 2020 Florida Statutes, Title XLVII, Chapter 943, Section 943.04354. Disponível em:
http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0900-0999/0943/Sections/0943.04354.html. Acesso em 23 nov. 2020.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, KARINA TEIXEIRA MARQUES, discente regularmente matriculada na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41624637, período Matutino, turma 10E, tendo realizado o TCC com o título: “ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 217-A À LUZ DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO OFENDIDO MENOR DE CATORZE ANOS” sob a orientação do Professor Everton Luiz Zanella, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 17 de maio de 2021.



Assinatura do discente

**TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Material Bibliográfico: Artigo Científico () Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: “ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 217-A À LUZ DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO OFENDIDO MENOR DE CATORZE ANOS”

Nome do Autor(a): KARINA TEIXEIRA MARQUES

E-mail: karinatmarques@gmail.com

Este e-mail pode ser divulgado SIM () NÃO

Orientador(a): EVERTON LUIZ ZANELLA

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, AUTORIZO () NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

() Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe o nome do periódico)

() Outros (justificar):

São Paulo, 17 de maio de 2021.



Assinatura do(a) Autor(a)