

## ESTUDO DA VULNERABILIDADE DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Vitor Benayon Pontes Serudo<sup>1</sup>

Tatiane Campelo da Silva Palhares<sup>2</sup>

### RESUMO

O objetivo do presente artigo corresponde ao estudo da Lei nº 12.015/2009, no que se refere à reedição do estupro presumido, para o estupro de vulnerável. Defendendo a violência sexual praticado contra os menores de 14 anos de idade e todos 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. A análise do presente estudo diz respeito a: será considerado estupro contra vulnerável todo ato sexual praticado com qualquer menor de 14 anos? a presunção de vulnerabilidade de todo menor de 14 anos de idade, analisando e debatendo discursões doutrinárias vigente e majoritárias sobre o devido assunto. os doutrinadores de devida recursão no mundo jurídico concluíram pela relatividade do estupro de vulnerável, tendo o autor da ação o direito a ampla defesa e o contraditório.

**Palavras-Chave:** Estupro de Vulnerável; menor de 14 anos; discussão doutrinária

### ABSTRACT

The overall objective is the study of Law nº 12.015/2009, in respect of reissue of statutory rape for raping the then vulnerable. Defending the sexual violence committed against children under 14 years of age and all that, mental illness or disability does not have the necessary insight to such action, or for any other cause, can not resist. The research problem is: Is the considered rape vulnerable against any sexual act with anyone under 14? As already seen, the general point of this Scientific Article is the presumption of vulnerability of all under 14 years of age, analyzing and discussing current doctrinal discourses and majority on the proper subject. Unquestionably due to all scholars in the legal world recursion decided by the relativity of raping vulnerable, the plaintiff having the right to legal defense and contradictory.

**Keyword:** Vulnerable to Rape; under 14 years; doctrinal discussion

## 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Direito Processual Penal pela ESBAM.

<sup>2</sup> Professora/Orientadora de TCC do Curso de Direito e Processual Penal.

O presente estudo tem como escopo discutir o novo tipo penal instituído pela Lei 12.015/09, que trouxe mudanças significativas no Capítulo IV do Código Penal brasileiro. O núcleo central do tema é analisar o artigo 217-A, modificado pela Lei descrita no caput: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos.

Explanando de forma cronológica o porquê do surgimento da nova tipificação do estupro de vulnerável criado pela nova lei, identifica-se que o modo de agir e pensar, garantido pela Constituição Federal de 1988, mostrando que tal teologia trazida pela Carta Magna já não se encaixa mais com a atual sociedade, pois novas situações trazidas pelo comportamento social ensejam mudanças no ordenamento jurídico.

A abordagem do referido tema apontará as controvérsias jurídicas e doutrinárias entre a relação de presunção de vulnerabilidade e a antiga alegação de presunção de violência e os princípios constitucionais lesionados.

Em seguida realizar-se-á uma breve explicação do crime do estupro de vulnerável como sendo crime hediondo, avanço injetado em nosso ordenamento, punindo de forma mais grave os atos de violência sexual contra crianças e adolescente, os que sofrem por debilidade ou deficiência mental e os que não possam oferecer, por qualquer outra causa, resistência.

Sabe-se que o tema aqui abordado é complexo e propulsor de várias críticas e discussões em diferentes seguimentos sociais, e que o assunto aqui defendido não será esgotado, pois aos olhos de críticos e pessoas que veem com indignação as atrocidades que são expostas no cotidiano no convívio social, sempre serão passíveis de debates mais acirrados. Porém passa-se a expor e contemplar os aspectos que julgamos mais relevantes para um bom entendimento acadêmico.

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 A VULNERABILIDADE PREVISTA NO REVOGADO ART. 224 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.**

Na legislação anterior, artigo 224 do Código Penal, já revogado, a menoridade de catorze anos apresentava-se como elemento do crime e se traduzia em violência presumida ou ficta.

O que se pretendia era reforçar a defesa da vítima que tem menor possibilidade de reação, já que se exige a defesa publica onde está comprometida a defesa particular da ofendida.

Analisando de forma histórica, os antigos códigos penais não previam a presunção de violência, enquanto que outros posteriormente previam somente nos casos de o ofendido ter idade inferior a 16 anos.

No nosso código vigente de 1940, adotou-se uma formula mais extensa, reduz, para efeito de presunção de violência, o limite de idade e amplia os casos de tal presunção. Previa-se, portanto, três hipóteses em que se presumia a violência para a configuração dos crimes contra a dignidade sexual. Se a vitima não fosse maior de catorze anos, se fosse alienada ou débil mental e se a pessoa não pudesse, por qualquer outra causa oferecer resistência.

Nesse diapasão, a presunção de violência tem gerado algumas controvérsias, no tocante a natureza da presunção, ou seja, ser ela absoluta ou relativa.

No início da vigência do CP de 1940, alguns doutrinadores, mantiveram o posicionamento de que a presunção, no caso de vitima menor de 14 anos, seria absoluta. Neste sentido, se a vítima é menor de 14 anos, isto é, se não havia completado essa idade, na ocasião do fato criminoso, pouco importava as suas condições individuais, embora corrompida ou mesmo já violada, seria absoluta.

Entanto, o entendimento predominante, inclinou-se decisivamente pela tese da presunção relativa, admitindo prova em contrário. A favor da primeira opinião, de que a presunção é absoluta, há os argumentos de que o consentimento da menor é sempre invalido, embora possa ter desenvolvimento físico e psíquico superior a sua idade, e de que a idade da vitima, menor de 14 anos, faz parte do tipo.

Já a corrente da segunda opinião, entende que, no caso de erro, em razão de seu porte físico, ou mesmo na hipótese em que a pessoa ofendida for prostituta, ou ainda quando se demonstre de modo a espancar qualquer duvida que tinha maturidade para autodeterminar-se no campo sexual, nenhuma vinculação existe entre o fato incidente e o fato presumido. Também que a presunção da norma discutida é relativa, pois, se o legislador adotou a presunção relativa nas hipóteses inseridas nas alíneas *b* e *c*, não seria de boa técnica não admitir esse entendimento também em relação à alínea *a*.

Certamente, há discussão se a presunção de violência é absoluta ou relativa. Cremos que, a presunção, em regra não deve comportar prova em contrário, sob pena de se invalidar regra penal. Assim, em hipóteses excepcionais, acredita-se poder o réu demonstrar

que a vítima, ainda que protegida pelo art. 224, tinha pleno conhecimento e vontade do que fazia, não podendo falar em violência ficta.

### **3 O SURGIMENTO DA NOVA TIPOLOGIA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: LEI Nº 12015/2009.**

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, surgiu, modificando o Título VI do Código Penal, com o título “Dos crimes contra a dignidade sexual”, acrescentando novos crimes, unificando artigos e modificando norma geral.

Foi sustentada por muitos anos a antiga e desadequada nomenclatura, qual seja “dos crimes contra os costumes”, que já não atendia o comportamento da sexualidade atual em geral. Tal introdução dada para o capítulo VI do Código Penal, trazia em seu corpo os *costumes*, que segundo Guilherme Nucci<sup>3</sup> “representava uma visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos de da moral vigente, sob o ângulo da generalidade das pessoas”. Tal critério não se encaixa mais aos dias atuais de uma sociedade brasileira.

Essa discussão sobre os tais costumes não estava mais se encontrando mecanismos adequados para acompanhar o desenvolvimento dos padrões comportamentais da juventude e nem mesmo para encontrar apoio à harmonia no também evoluído conceito, em matéria sexual, dos adultos da atualidade.

O mínimo ético de disciplina sexual exigido na época da edição do Código Penal de 1940, não mais se compara com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador deve se ocupar e se preocupar com as condutas graves que possam acarretar resultados drásticos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado exigências penais exigidas a tempos pretéritos e esquecidos<sup>4</sup>.

É sabido que com o progresso da sociedade, principalmente o Direito Penal, tornou-se um pilar em toda e qualquer relação entre pessoas.

A hodierna utilização do direito penal tem se mostrado, algumas vezes, distorcida, desrespeitando garantias constitucionais mínimas, subjugando o indivíduo sob argumentos falaciosos de necessidade de repressão ao crime, prevenção geral e necessidade de demonstrar a eficácia de decisões do Judiciário.

---

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12015, de 7 de agosto de 2009** – São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2009. Pg. 11.

<sup>4</sup> Idem, ibidem, p. 11

Em que pese argumentos favoráveis a políticas absolutistas e 'policialescas', deve-se lembrar que o direito penal só se efetiva e pode punir o indivíduo através de um processo penal que respeite a todos os ditames constitucionais.

Dessa forma, o direito fundamental do réu à liberdade deve ser afetado como forma de repressão ao crime, principalmente quando se trata de crimes hediondos. Crimes são crimes, mas quando ultrapassam os ditames da boa ordem, do *bom modus vivendi*, devem ser cobrados de maneira integralizadora e sagaz. Vivemos ainda numa sociedade ineficaz para o combate ao mal.

O Direito Penal busca solucionar conflitos a partir da evolução histórica da humanidade. Este ramo da ciência jurídica possui como finalidade a proteção dos maiores bens tutelados pela sociedade, buscando assim a sobrevivência e a harmonia da humanidade.

Na época em que a reclusão se transformou na principal resposta penológica, no início do século XIX, acreditou-se que este era o meio mais eficaz, porque não dizer adequado para se impetrar a total reforma da delinquência. Portanto, no carrear dos muitos anos que se passaram, criou-se um ambiente ressocializador, demonstrando que a delinquência precisava de muitas chances de transformação.

O otimismo predominou numa abalizada persuasão de que a prisão poderia ser a ferramenta adequada e idônea para realizar todas as finalidades das cominações. E, que, dentro destas expectativas e adesões, seria possível reabilitar o delinquente.

Com o passar dos tempos, a ressocialização aconteceu para os apenados que queriam realmente a tão sonhada “segunda chance de reabilitação na vida”. Mas o otimismo desaparece por completo, quando crimes bárbaros e sem nexos e causas ocorrem ainda no planeta Terra. A hediondez figura como a chave mestra do fracasso de alguns apenados e de outros iniciantes em tão terrível “condição”. Assim, atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional.

Ao se postular sobre crimes de forma genérica, autores renomados da doutrina destacam a cultura penológica da atualidade. A conduta deve ser reprovável pela lei penal, conforme afirmação Mirabete<sup>5</sup>:

Os atos humanos são penalmente relevantes apenas quando contrariam a norma penal. O dolo e a culpa, em si mesmos, que existem em todos os atos voluntários que causam um dano, não caracterizam a culpabilidade se a conduta não for considerada reprovável pela lei penal.

---

<sup>5</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 22a ed. São Paulo. Atlas. 2005. vol. 1

Sobre o conceito analítico do crime, Toledo<sup>6</sup> preleciona que:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

Beviláqua<sup>7</sup> aponta que o crime é um fator emocional, elaborado na consciência:

O crime surge na mente do indivíduo sob a forma de idéia ou emoção, elabora-se na consciência e, produzindo volição, tende a realizar-se. É claro que os espíritos bem formados não se deixarão, senão excepcionalmente, arrastar à prática desses tristíssimos fatos, que são um forte grilhão a nos prender inexoravelmente à bruteza da animalidade, donde a cultura nos pretende distanciar, mas onde no arrastamos e nos debatemos em vão, como frágeis insetos envolvidos nos fios resistentes do vasto aranhol.

O ser humano aparta sua liberdade, pois quando se torna necessário o controle do Estado para dirimir os conflitos, potencialmente, o cidadão também é um prisioneiro do sistema penal. O Estado sendo um detentor do poder, resguarda a segurança e conserva a liberdade tanto quanto seja possível. Assim, Beccaria<sup>8</sup> afirma:

Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto.

Mas com o crime de estupro não acontece o mesmo. Ele retira do cidadão todo seu senso comum. Toda a sua liberdade e sensatez. Ele está bem além do que nossa imaginação possa criar e “sonhar” em cenas e litígios. Ele é um retrocesso da humanidade e seu avanço não é de cobrança para tamanha delinquência. Ainda caminha a passos lentos e pesados.

<sup>6</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, São Paulo: Saraiva p.80. In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999, p. 157.

<sup>7</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Criminologia e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 55;

<sup>8</sup> BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. Wikisource, 23 de maio de 2009. Disponível em: <[http://pt.wikisource.org/wiki/Dos\\_Delitos\\_e\\_das\\_Penas/II](http://pt.wikisource.org/wiki/Dos_Delitos_e_das_Penas/II)>. Acesso em: 29 de outubro de 2011.

O crime de estupro é um crime hediondo, não havendo as condições mínimas de culpabilidade por parte do agressor. Agressor e vítima se enfrentam em tangências disformes. O agressor é polo ativo desta relação malfadada e a vítima, esta, sempre será a vítima. Principalmente quando se trata de estupro de vulnerável, com seus retrocessos sociais e culturais, com seus pequenos avanços jurídicos, não perdulam para ressocialização e a desculpabilidade.

Todavia, nossa Constituição, tem um sistema normativo todo baseado em um princípio-matriz, do qual emerge todo o ordenamento constitucional e, via hierárquica, todo o ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que incide de forma direta nos demais princípios e disposições, dentre os quais merece relevo os Direitos Fundamentais.

**Art. 1º da CF/88:** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I-...

II-...

III- a dignidade da pessoa humana;

Também chamados de princípios constitucionais fundamentais de garantia ou princípios reguladores do controle penal. A Constituição Federal de 1.988 nos incisos do art. 5º dispõe da maioria dos princípios fundamentais do Direito Penal, sendo todos esses, garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estando amparados pelo texto constitucional. Alguns estão dispostos de forma explícita, outros de forma implícita e decorrem de valores que a Constituição consagra. O exercício do direito de punir do Estado, não é absoluto, sim relativo, encontra limites nos princípios, sendo eles formais e materiais.

Assim, dispõe o art. 5º. da Constituição Federativa do Brasil baseado num Estado Democrático de Direito, dentro dos princípios de igualdade:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Imprescindivelmente para o fortalecimento do Estado, deve haver um fomento da participação popular nos mais variados temas de ordem pública e social, a fim de ver novamente referendadas e legitimadas as decisões políticas adotadas, notadamente no que diz

respeito ao tema da infância e da juventude, o qual envolve uma extensa gama de Direitos Fundamentais, os quais perpassam as três gerações ou dimensões desta classe de direitos, nada mais adequado do que submeter o processo de tomada de decisão ao seu legítimo detentor, ou seja, a sociedade civil.

Neste diapasão, não restam dúvidas de que os direitos previstos no caput do artigo 227 da Lei Maior constituem-se em Direitos Fundamentais reservados àquelas pessoas que, devido ao seu peculiar estado de desenvolvimento físico e mental, merecem atenção e proteção especiais.

Tal previsão não apenas alçou o tema da proteção da criança e do adolescente ao nível constitucional, mas foi além lhe conferindo o status de direito fundamental, com todas as consequências e efeitos que derivam desta especialíssima espécie de direitos:

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

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

Quando um ser humano, principalmente se vulnerável é estuprado, inconsistente o art. 5º. CF/88 se apresenta em seus direitos e obrigações. A dignidade humana não é provada e não há igualdade da lei. Perde-se a liberdade e a segurança, e há submissão à tortura e ao tratamento desumano deste crime bárbaro.

O estupro de vulnerável é um tema jurídico-penal de grande relevância nacional e internacional.

A postura animalésca do estuprador e a deficiência da vítima denunciam a postura do Direito Penal frente a sua cobrança secular. Torna-se extremamente necessário explicitá-lo e discuti-lo em face dos princípios da legalidade, personalidade das penas, da culpabilidade e da intervenção máxima do direito penal, todos eles envoltos na predominância de cobrança da hediondez, qual seja, *societas delinquere non potest*.

Em numerosas figuras de delito, surge a *violência* como elemento constitutivo. Em alguns crimes está ela *implícita*, em outros, há referência expressa, como é o caso do estupro de vulnerável.

Entende-se por violência, em sentido próprio, o desenvolvimento de força física para vencer resistência, real ou suposta. Observamos, no entanto, que esse sentido próprio

vem sendo ampliado pela doutrina e pela jurisprudência, seja para suprir deficiências de natureza legislativa (como ocorreu no direito alemão), seja para atender a certas exigências da consciência social, com a tendência a deslocar o acento, em relação à violência, do *meio* para o *efeito* da ação. Desta forma amplia-se o conceito, para compreender não somente a força física, como também o constrangimento do querer, tornando-se em alguns casos incertos os limites entre a violência e a ameaça.

Para que se possa compreender a evolução do direito penal, deve-se dar uma suma importância ao direito penal romano, sendo este a base do estudo para o direito penal. O direito romano é tida como o resumo de uma sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o mundo moderno, pois, o direito romano nos oferece o ciclo jurídico completo, sendo uma das maiores fontes constituidoras de inúmeros institutos jurídicos<sup>9</sup>.

Betencourt<sup>10</sup> em seus estudos nos relata que “O primeiro Código Romano escrito foi a Lei das XII Tábuas, contendo ainda as normas do talião e da composição, que resultou da luta entre patrícios e plebeus. Essa lei inicia o período dos diplomas legais”.

O erro, culpa ou dolo (bonus e malus), imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes, legítima defesa. Princípios penais, doados pelo Direito Romano que foi decisivamente para a evolução do direito penal.

Destaca-se as palavras do Portilho<sup>11</sup>, em rezar que:

Entretanto a violência carnal era punida com a morte pela “lex julia de vi publica”, considerava-se crime abominável, nas palavras de Magalhães Noronha, era considerado assim, por que se tinha mais em vista a violência empregada do que o fim do agente. Neste mesmo período histórico a denominação estupro não era aplicada, pois era usada a palavra stuprum na referida lei que designava como crime a conjunção carnal ilícita com mulher virgem ou viúva honesta, mas tal conjunção não poderia ter violência. Também no Direito Germânico o autor do delito de estupro recebia punição rigorosa.

Numa sociedade feita nas bases dos valores morais e supremos o legislador deve agir com clareza e sabedoria. A seleção dos bens que a sociedade apresenta, que devem ser amplamente protegidas atualmente não são mais, e novos bens surgem e são merecedores da tutela especial advinda do direito penal<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. I. 7ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002

<sup>10</sup> Idem, Ibidem, p. 283.

<sup>11</sup> PORTILHO, João Pedro de Carvalho, **História, Direito e violência: do estupro e atentado violento ao pudor - Aspectos gerais**. História e-história, 31 e agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=10>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011.

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

Na atualidade, a resposta jurídico-penológica está prevista, precipuamente, na Constituição brasileira e por leis infraconstitucionais, com ênfase na Lei nº. 12.015 de 7 de agosto de 2009 que revoga o art. 214 do CP e altera o art. 213 do mesmo diploma, trazendo ao bojo do Direito Penal a cobrança da hediondez. A Lei que preleciona tal crime hediondo demonstra o cerne de uma questão de fragilidade e de vitimalidade.

Como resposta penológica importante esclarecer, que, primeiramente, a criação de tal lei encontra fundamentação legal em nossa Carta Magna através de seu Artigo 1º, III que nos reza: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...III - a dignidade da pessoa humana;” (grifo nosso)

Nucci<sup>13</sup> interpreta tal artigo, nos seguintes termos:

A Lei n 12.015/2009 provocou a alteração da nomenclatura do Título VI do Código Penal Brasileiro, substituindo a expressão *Dos crimes contra os costumes* pela atual, *Dos crimes contra a dignidade sexual*, que é corolário natural da dignidade da pessoa humana, sendo este bem jurídico tutelado nos termos do art. 1, III, da Constituição Federal. Houve patente evolução na legislação penal, em consonância com a modernização dos costumes na sociedade.

Somente para ilustrar, note-se como era definido anteriormente o vocábulo costume anteriormente, nas palavras de Nelson Hungria<sup>14</sup>:

Hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à convivências e disciplinas sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta matéria*, é o interesse jurídico concernete a preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.

E acrescenta Noronha<sup>15</sup>:

*Costumes* aqui deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou convivências sócias. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação.

De acordo com Damásio<sup>16</sup>: “No limiar do século XXI, não poderia o estatuto penal pátrio permanecer ligado a conceitos, hoje tidos como ultrapassados. Mais do que isso, não poderiam permanecer divorciado da tutela dos valores consagrados na carta de 1988.”.

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12015, de 7 de agosto de 2009** – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 900

<sup>14</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 8. Rio de Janeiro: Forense. 1958, p. 103-104.

<sup>15</sup> NORONHA, Edgar de Magalhães. **Direito Penal**, V. 3, São Paulo: Editora Saraiva, 1977

<sup>16</sup> DAMÁSIO, Jesus de. **Direito Penal, 3º. Volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p.122

Com esse espírito a Lei n 12.015/2009 alterou a denominação do título VI que agora passa se chamar “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

A expressão escolhida, no que cabe sentir, foi oportuna e se encontra em sintonia com o Texto Maior. Deveras, o Direito Penal não se volta a proteção de regras puramente morais ou éticas, mais notadamente a defesa de bem jurídicos (concepção dominante).

Focalizando o objetivo, João José Leal<sup>17</sup> (2009), ao refletir sobre o estupro de vulnerável, nos reza que:

Com a alteração, a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra menor de 14 anos deixou de ser uma simples modalidade do tipo penal comum de estupro, para assumir uma nova categoria de tipo penal com denominação própria: “estupro contra pessoa vulnerável”. Cabe ressaltar que a categoria jurídica “pessoa vulnerável” é um novo conceito de Direito Penal e deve ser entendido, nos termos do artigo 217-A, como toda criança ou mesmo adolescente com menos de 14 anos ou também, qualquer pessoa incapacitada física ou mentalmente de resistir à conduta estupradora do agente criminoso.

Ao tratar nosso Código de Crimes contra a “dignidade sexual”, fica claro que se busca garantir a dignidade da pessoa humana (Constituição federal artigo 1, III). Os crimes contra a dignidade sexual são os crimes contra a liberdade sexual, dos crimes sexuais contra vulneráveis, do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual; do ultraje público ao pudor.

Diante o apresentado, fica evidente que nosso anterior Código Penal já não se enquadrava no modo de pensar e agir dos dias atuais. A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação de apregoados *costumes*.

Segundo Regis Prado<sup>18</sup>, mesmo que haja essa discussão, “não se deve aceitar a presunção de violência como fonte de certeza criminal, pois, o mesmo pode promover o desprezo pela prova e não revelar a sua verdadeira natureza.”

### **3.1 A presunção a vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade.**

A fim de entender a questão da idade, temos que destacar tal pergunta: mas o que é vulnerabilidade? Originado do termo em latim, *vulnerabilis*, significa lesão corte ou ferida exposta, não cicatrizada, feridas com sangramento e com sérios riscos de infecção. Define a fragilidade a incapacidade ou a fragilidade de uma pessoa. Segundo o dicionário Aurélio “vulnerabilidade é estar pronto para ser atacado, ser alguém sem defesa, ser fraco”.

<sup>17</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Novo tipo Penal de estupro contra pessoa vulnerável**. Teresina, 2009.

<sup>18</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 4ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.3, p.246.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito ao Direito Penal, vulnerável é o menor de 14 anos de idade, que por assim dizer, não possui um discernimento em seus atos praticados, ou “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”.

Assim pode-se dizer, que vulnerável é uma pessoa que pode sofrer influências de qualquer outra pessoa, tais influências podem ser nos negócios, no amor, no sexo afinal em todas as atividades propostas por um ser humano. Ser vulnerável é ser inseguro, sem possuir respostas próprias para o que se está acontecendo, é ser uma pessoa incerta de seus atos. Concluído temos que avaliar o vulnerável sempre é uma pessoa que gosta de estar na dependência de outra em todos os momentos de decisões.

A vulnerabilidade, aos poucos, foi tomando espaço nas ordenações jurídicas. A teleologia dos nossos legisladores voltou seu foco para a perspectiva do mais fraco, aquele que, por razão sobre as mais diferenciadas, não reúne condições iguais à um cidadão comum. Sem esse bem, não há que se falar na preservação da igualdade protegida pela CF/88. E para essa preservação foram criadas leis que se pudesse manter um equilíbrio para tais pessoas.

Com a sabedoria costumeira, Reale<sup>19</sup> ensina:

Não vivemos no mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores. A existência é uma constante tomada de posição segundo valores. Se suprimirmos a ideia de valor perderemos a substância da própria existência humana. Viver é, por conseguinte, uma realização de fins. O mais humilde dos homens tem objetivos a atingir, e os realiza, muitas vezes, sem ter plena consciência de que há algo condicionando os seus atos.

O estupro presumido, exposto no art. 224 do CPB, já revogado pela nova lei, mostra como núcleo de proteção o menor de 14 anos. Sob a visão da lei anterior para haver a tipificação do crime de estupro como o menor de 14 anos era feita a extensão: art. 213 combinado com o art. 224. Usando tais artigos era considerada violência a relação sexual do agente com a pessoa menor de 14 anos.

Com a nova modificação dada por nossos legisladores, a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra menor de 14 anos deixou de ser uma simples modalidade do tipo penal comum de estupro, para assumir uma nova categoria de tipo penal com

---

<sup>19</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.26.

denominação própria: “estupro contra pessoa vulnerável”. Cabe ressaltar que a categoria jurídica “pessoa vulnerável” é um novo conceito de Direito Penal e deve ser entendido, nos termos do artigo 217-A, como toda criança ou mesmo adolescente com menos de 14 anos ou também, qualquer pessoa incapacitada física ou mentalmente de resistir à conduta estupradora do agente criminoso.

Nucci<sup>20</sup> nos reza, que:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não adotará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.

Mesmo com a nova tipologia dada pela nova lei 12.015/09, o crime considerado estupro de vulnerável carrega muitas discussões e debates no que diz respeito ao termo da vulnerabilidade do menor de 14 anos. O que se deve levar tal consideração? A sua experiência sexual ou a sua aparência física?

A doutrina majoritária dava um valor relativo, e não absoluto, à presunção. Era posição de Delmanto, Noronha, Regis Prado, Damásio, Mirabete, Paulo José da Costa Jr., Bitencourt, Fragoso, Alberto Silva Franco, Pierangeli, Marcio Bartoli, entre outros. Clara é a lição de Mirabete<sup>21</sup>, que no seu Manual de Direito Penal, leciona:

Não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despuerada e sem moral; é conropida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes.

Os Tribunais, atendendo a majoração da doutrina, também considerava relativa a presunção da vulnerabilidade. Neste sentir, clara é a posição do STF, no julgado, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, do Habeas Corpus n.º 73.662 - MG, D.J.U. 20.09.96, ora transcrito:

EMENTA: ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos,

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12015, de 7 de agosto de 2009** – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>21</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 12ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.2, p.478

impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.<sup>22</sup>

O STJ, no julgamento do Resp. 46.424, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 224 do CP por desprezar a responsabilidade subjetiva; sendo intolerável a responsabilidade objetiva:

**EMENTA:** RESP - PENAL - ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA. O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se a conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa e inconciliável com presunções de fato, que se recrudescem a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem, corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. (Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Resp 46.424, D.J.U. 08.08.1994).<sup>23</sup>

Com o objetivo de dirimir essa discussão criou-se o tipo penal estupro de vulnerável, que em seu inteiro teor abarcou a com conjunção carnal e o ato libidinoso, contido anteriormente exigido, e elevou a sua pena para reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, eliminando o problema da incidência do aumento de pena, já que, o crime em discussão "se tornou um crime autônomo e superior ao crime de estupro". No entanto, as controvérsias continuam no sentido de discutir qual a natureza jurídica da vulnerabilidade.<sup>24</sup>

Seguem ainda, as discursões sobre os mesmos caminhos da presunção de violência, levando tal conhecimento ao Supremo Tribunal Federal, tendo este considerado totalmente inadmissível a presunção de culpabilidade. Vejamos o entendimento das nossas cortes:

**STF:** O sistema jurídico penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva. (STF - Inq. 1.578-4-SP)

**STJ:** (...) Inexiste em nosso sistema responsabilidade penal objetiva. (STJ HC 8.312-SP - 6a T 4.3.99 - p. 231).

<sup>22</sup> GRAÇA, Camilla Barroso. **Estupro de Vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos.** São Luiz do Maranhão – MA: 25/10/2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4902](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902)>. Acesso em: 27 de outubro de 2011

<sup>23</sup> GRAÇA, Camilla Barroso. **Estupro de Vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos.** São Luiz do Maranhão – MA: 25/10/2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4902](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902)>. Acesso em: 27 de outubro de 2011

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12015, de 7 de agosto de 2009** – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Grande contribuição é dada por Francisco Dirceu Bastos (2010) em seu Artigo “Natureza Jurídica da Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais”, quando coloca que para não estipularmos o temível instituto da imputação por responsabilidade penal objetiva, o conhecimento da circunstância vulnerável deve ser inserido a todas as hipóteses de vulnerabilidade. Portanto, a leitura do novo artigo 217-A do Código Penal deve ser realizada da seguinte forma:

- a) Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos (**conhecendo o agente ativo esta circunstância**).
- b) Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato (**conhecendo o agente ativo esta circunstância**).
- c) Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (**conhecendo o agente ativo esta circunstância**).

Se considerar o conceito absoluto de vulnerabilidade, não será admissível produzir provas em contrário, pois qualquer pessoa, em qualquer circunstância que mantiver relação sexual com menor de 14 anos será considerada presumidamente culpada. Fatos estes que violam diretamente os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa e da Presunção de Inocência, ambos descritos respectivamente no art. 5º, incisos LV e LVII da CF.<sup>25</sup>

Outro aspecto importante apontado por Francisco Dirceu Barros (2010) é que a vulnerabilidade absoluta acarreta dois sérios problemas: atenta contra o princípio da paternidade responsável e contra o princípio da harmonia familiar, que assim descreve:

Imagine que uma mulher com 13 anos esteja grávida e o pai negue a paternidade. Você acha que o suposto pai vai querer fazer o exame de DNA para depois ser condenado em uma pena que varia entre 8 e 15 anos de reclusão?

Difícil imaginar que em tal situação o suposto pai assumiria a sua responsabilidade. Daí nasce à fundamentação para que a maioria da doutrina considere que a “presunção de vulnerabilidade” seja relativizada, admita prova em contrário e seja aplicada em cada caso concreto<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> GRAÇA, Camilla Barroso. **Estupro de Vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos**. São Luiz do Maranhão – MA: 25/10/2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4902](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902)>. Acesso em: 27 de outubro de 2011

<sup>26</sup> BARROS, Francisco Dirceu. **Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais**. Carta Forense, 02 de março de 2010.

### 3.2 Vítima alienada ou débil mental

Outro caso de presunção de violência ocorre quando, a vítima é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância. A alienação, sendo um conceito bastante amplo, “compreende não só a loucura, isto é, o processo patológico ativo, como também outros casos de processos patológicos estacionários ou crônicos

A pessoa alienada tem suas capacidades mentais comprometidas, a ponto de apresentar deficiências variadas: memória, percepção, associação, imaginação, afetividade e autocontrole. A alienação impede a pessoa de ter capacidade ética para o ato a que consente, o que também ocorre com a debilidade mental mais grave.

Portanto, é necessário que a vítima seja alienada ou débil mental, a ponto de ter inteiramente abolida sua capacidade de entendimento ou de governar-se de acordo com essa compreensão, sendo necessário que o agente conheça essa circunstância.

O que se protege são aqueles que apresentam moléstias psíquicas, sendo esta condição psíquica da vítima, idêntica a dos inimputáveis a que se refere o art. 26 do Código penal, não tendo nenhuma capacidade de discernimento sobre o ato atentatório a sua liberdade sexual. A presunção de violência, em ambos os casos de anomalia mental, está fundamentada na ausência da capacidade de autodeterminação sobre a própria vida sexual, e por conseguinte, de manifestação de vontade válida.

Para a configuração do delito é preciso que agente conheça a enfermidade mental da vítima. A enfermidade deve ser tal que tire do indivíduo a capacidade de decidir sobre seus atos e, portanto, de externar vontade juridicamente válida.

A lei, ao tentar proteger a (o) ofendida (o) alienada (o) ou débil mental, criou um grande problema, ou seja, a pessoa alienada ou débil mental não poder praticar qualquer ato sexual. Vê-se que o legislador condenou a pessoa alienada ou débil mental a abstinência sexual permanente, ou seja, criou uma limitação sem saída. E que, se mulher, a pessoa alienada ou débil mental, nunca poderá ter descendentes e constituir uma verdadeira família.

Segundo Luiza Nagib Eluf<sup>27</sup>, a questão analisada é que:

O fato de estarem eles, nos termos de nossa lei, eternamente proibidos de se relacionar sexualmente. Sabe-se que, em muitos casos, apesar de incapacitadas para várias atividades, essas pessoas possuem forte instinto sexual e uma grande necessidade afetiva. O direito ao relacionamento amoroso não lhes pode ser negado, em face de presunção de violência. Em caso de reforma penal, deveria a legislação regular diferentemente a matéria, protegendo os alienados e demais prejudicados mentais de abuso e da agressão, mas permitindo de alguma forma, que se relacionem sexualmente, de acordo com as suas necessidades.

---

<sup>27</sup> ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e assédio sexual**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999

A alienação ou debilidade da ofendida deve ser de tal forma ao ponto de retirar sua capacidade o consentimento ou o entendimento do ato sexual a que ela é submetida ou levada a praticar. Essa situação mental da vítima deve ser comprovada por perícia médica. Portanto, a presunção de violência é relativa, pois o próprio dispositivo exige que o agente tenha efetivo conhecimento do estado anormal da vítima, não sendo suficiente o dolo eventual<sup>28</sup>.

### **3.3 Vítima que não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência**

Hipóteses de presunção de violência, que defendendo de maneira ampla, qualquer vítima que não oferece resistência, e estão abrangidas quaisquer circunstâncias em que a pessoa esteja impossibilitada de resistir.

É necessário, para se configurar de violência, que a vítima seja colocada em tal estado por vontade do agente, ou que tenha este simplesmente se aproveitado do fato de o ofendido estar temporariamente impossibilitado de oferecer resistência.

Os casos mais comuns para que seja configurada a vulnerabilidade é a embriaguez completa, inconsciência pelo uso de drogas, casos de imobilização, enfermidade, sono, hipnose, excepcional esgotamento, desmaios, delírios.

No caso da vítima que se encontra em idade avançada, para que o delito seja considerado como violento, há a obrigatoriedade de que este não possa oferecer resistência por motivo de manifesta debilidade física.

Observa E. Magalhães Noronha<sup>29</sup> que:

Ao réu também é facultado à prova de que, embora houvesse possuído a vítima naquelas situações, praticou ato de seu agrado, e que, a acusação agora movida tem o fim apenas de prejudica-lo ou visa a torpe exploração. Torna-se, portanto, imprescindível a demonstração de que o ato praticado com insciência da vítima e foi também contra a sua vontade, manifestada anterior e posterior.

A presunção do art. 217-A, parágrafo 1º., do CP é relativa. Sendo de suma importância prova concreta de completa impossibilidade de oferecer resistência. Cessa a presunção de violência se, ao readquirir a consciência e, conseqüentemente, a capacidade de resistência, a vítima, maior de 14 anos, aceita o ato expressamente.

---

<sup>28</sup> DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudências, súmulas em matéria penal e legislação complementar**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

<sup>29</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, v. III

### 3 LEI 12015/09: AVANÇO OU RETROCESSO?

A lei 12015/09, que alterou o Título IV do Código Penal, intitulando-o dos crimes contra a dignidade sexual, trouxe mudanças tanto para o mundo jurídico como também para a convivência social.

A sociedade sente-se no dever de mostrar suas impressões a cerca das referidas modificações trazidas pela lei, certos de que, muitas delas, decorreram de questões jurídicas amplamente debatidas na doutrina e na jurisprudência, mudanças essas captadas e incorporadas pelo legislador no Código Penal.

Sempre, em toda reforma, possui acerto e erros. Algumas delas, infelizmente, carregam muitos equívocos e terminam por prejudicar os trabalhos forenses. Outras, no entanto, têm o mérito de apresentar um número razoável de acertos, com resultada satisfatória ao menos em teoria, que é o caso da lei estudada.

A Lei 12015/09, dentre outras modificações e novações, unificou os tipos penais dos art. 213 e 214 em uma só figura, que é o crime de estupro previsto no art. 213 do CP, tornando-o tipo penal misto alternativo, ou seja, qualquer prática de conjunção carnal e/ou ato libidinoso contra mesma vítima, no mesmo contexto é crime único.

Luiza Nagib<sup>30</sup> critica que:

Realmente corremos o risco de as penas serem menores. Antigamente aplicávamos concurso material de delitos. Quem praticou de forma forçada sexo vaginal, que era estupro, e depois oral, que era atentado violento ao pudor, podia receber seis anos por causa de cada delito. Sempre pedi condenação pelos dois delitos com penas somadas. Agora eles passaram a ser a mesma coisa.

O autor que praticava o crime de conjunção e atentado violento ao pudor contra a mesma vítima, na lei posterior, tinha suas penas somadas. Agora com a unificação do tipo, o autor que pratica o crime de conjunção carnal e atentado violento ao pudor responderá somente por um crime.

Outro ponto nos chama a atenção, a Lei deveria de forma mais detalhada, exemplificar os atos libidinosos embutidos no atual art. 213. O referido artigo faz menção a "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal" ou a praticar "outro ato libidinoso". As penas previstas são reclusão de seis a dez anos; de oito a 12 anos se a vítima tiver idade entre 14 e 18 anos; e de 12 a 30 anos se o crime resultar em morte.

---

<sup>30</sup> TERRA. **Procuradora critica nova lei de estupro e pedofilia**. Disponível em: 30 de Agosto de 2009:<<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI3948752EI7896,00Procuradora+critica+nova+lei+de+estu+pro+e+pedofilia.html>> Acesso em: 05 nov 2011

Outro ato libidinoso pode ser um beijo e aí não dá para aplicar seis anos de prisão a quem beijou uma pessoa à força. Isso não pode ser tão grave quanto à conjunção carnal e outros tipos de violação.

Assim sendo Nucci<sup>31</sup> esclarece que:

Houve uma mera *novatio legis*, provocando-se a integração de dois crimes numa única figura delitiva, o que é natural e possível, pois similares. Hoje, tem-se o estupro, congregando todos os atos libidinosos (dos quais a conjunção carnal é apenas uma espécie) no tipo penal do art. 213.

Referente à presunção de violência do art. 224 revogada pela nova lei, trazia a palavra “presunção” que para o ordenamento jurídico penal, não pode ser considerado crime, foi perfeitamente modificada trazendo para a tipificação o adjetivo vulnerável, objetivando o crime.

A fim de atender uma antiga reivindicação da Doutrina foi que a nova lei baniu do ordenamento jurídico-penal a presunção da violência contida no art. 224 do Código Penal, e construiu, para proteger determinadas pessoas, o novo tipo penal, definindo assim, a conduta proibitiva, pelo que ninguém mais será punido pelo que não fez, mas somente quando realizar tal comportamento expressamente proibido.

Nucci<sup>32</sup> reza que:

Entretanto, não se vai apagar a própria etimologia do vocábulo estupro, que significa coito forçado, violação sexual com o emprego de violência física ou moral. Ademias, a rubrica do tipo traz o termo estupro de vulnerável, representando uma violação forçada no campo sexual.

Uniu-se no art. 217-A, o crime de estupro praticado contra todo e qualquer vulnerável, elevando-se a pena, sendo recluso o crime de oito a quinze anos. Nesse caso resolveu-se o problema encontrado nas somas das penas nos art. 213 ou 214 combinado com o art. 224 consistente na incidência do aumento determinado pelo art. 9º., da Lei dos Crimes Hediondos.

Ainda na atualização art. 213, o STF em decisão vencedora, considerou que a punição para os crimes de violência sexual, sendo praticado no mesmo ato, atentado violento ao pudor e conjunção carnal, as penas serão somadas, não considerando conexão delitiva, sendo crimes distintos:

---

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 902

<sup>32</sup> Idem. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12015, de 7 de agosto de 2009** – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 35

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DELITOS AUTÔNOMOS. CONCURSO MATERIAL. ORDEM DENEGADA. I – para que se verifique a ocorrência da continuidade delitiva ou do concurso material quando se trata de crimes de estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, cumpre examinar a intenção do agente. II- No caso em espécie, o propósito do réu foi duplo, a saber, o de constranger a vítima a submeter-se, primeiro, ao coito anal e, depois a conjunção carnal. III – A partir dos fatos narrados na sentença condenatória, é possível concluir que o desígnio do agente foi de cometer dois crimes autônomos, não deixando dúvida quando ao acerto da aplicação da pena correspondente ao concurso material<sup>33</sup>.

O crime de estupro de vulnerável do art. 217-A não é, apesar das semelhanças, uma espécie do crime de estupro, definido no art. 213, porquanto não contém o elemento do tipo “constranger”. Um crime só é espécie de outro, quando contiver todos os mesmos elementos do outro e mais um ou alguns.

Para se consumir o crime contido no art. 217-A não é necessário o constrangimento contido do art. 213, sendo objetivo do estupro de vulnerável proteger a própria pessoa vítima incriminada, o menor de catorze anos, o incapaz de discernir ou de resistir, que, por não deter a capacidade de exercer livremente a sua sexualidade. Rol que merece especial proteção do Direito Penal.

Há quem defenda pela equívoca proibição do art. 217-A, que torna crime qualquer ato sexual como menor de 14 anos ou pessoas com deficiência débil mental, definindo-as como estupro de vulnerável.

Luiza Nagib<sup>34</sup> em uma entrevista, comenta que:

Hoje muitas meninas de 13 anos já têm namorado e mantêm relações sexuais regulares e consentidas. Seria mais razoável definir que até os 12 anos, período da infância definido no Estatuto da Criança e do Adolescente, a relação sexual seria sempre considerada violência", opina a procuradora, ao ressaltar a pena de oito anos de reclusão prevista para o estupro de vulnerável.

Um ponto muito importante e que dever ser estudado refere-se ao fato de o crime de estupro de vulnerável ter se unificado hediondo. Destaca-se que os crimes considerados hediondos têm como objetivo central aumentar as sanções aplicadas, porém, tais atos

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Coletânea de jurisprudência do STF em temas penais [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal**. – Brasília : Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

<sup>34</sup> TERRA. **Procuradora critica nova lei de estupro e pedofilia**. Disponível em: 30 de Agosto de 2009:<<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI3948752EI7896,00Procuradora+critica+nova+lei+de+estu+pro+e+pedofilia.html>> Acesso em: 05 nov 2011

trouxeram consigo uma incompatibilidade com o princípio do bem jurídico e da proporcionalidade.

O crime de estupro cominado com presunção trazia um aumento de pena pela metade e o autor era condenado a cumprir no mínimo nove anos. Já estupro de vulnerável por si só possui uma pena mínima de oito anos, não sendo mais possível o aumento, podendo ser mais benéfica para o autor do delito.

O art. 9º., da Lei 8.072/90 defende que os crimes capitulados no art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único todos do CP, seriam acrescidas de metade, respeitando o limite superior de 30 anos de reclusão estando a vítima em qualquer hipóteses referidas no art. 224 também do CP.

Acontece que, já estudado antes, os crimes estipulados acima foram revogados, no entanto, suas formas qualificadoras foram embutidos no crime de estupro que passaram a integrar os §§ 1º. e 2º. do art. 213. Por fim, o art. 224 do CP que nos dava a presunção de violência foi revogado, sendo então chamado de estupro de vulnerável, não podendo mas se falar em violência presumida e nem mais no aumento de pena do art. 9º. da Lei de Hediondo.

Seria crime hediondo "toda conduta delituosa que fosse revestida de excepcional gravidade, tanto na execução quanto no bem jurídico ofendido ou até mesmo pela especial condição da vítima". Os crimes hediondos apresentam dois conceitos: o legal e o judicial<sup>35</sup>.

No seu conceito legal os crimes hediondos são todos os crimes que a lei tipifica como tais, entretanto, para Alberto Silva Franco "os crimes hediondos não são aqueles crimes repugnantes, asquerosos e sim aqueles que por um verdadeiro processo de colagem foram rotulados como tais pelo legislador"<sup>36</sup>.

No entanto, o conceito judicial não implica classificar determinados crimes, por si só, como compulsoriamente hediondos, é necessário analisar as circunstâncias e as suas consequências deixando a encargo do magistrado decidir sobre o caráter de hediondez do crime praticado<sup>37</sup>.

A Lei n.º 12.015/09, através de seu artigo 4º. alterou a redação dos incisos V e VI, do artigo 1º, da lei 8.072/90 – Lei de Crimes Hediondos. Neste último inciso, que antes era reservado à classificação do atentado violento ao pudor, o texto modificado classifica como

<sup>35</sup> GRAÇA, Camilla Barroso. **Estupro de Vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos.** São Luiz do Maranhão – MA: 25/10/2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4902](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902)>. Acesso em: 27 de outubro de 2011

<sup>36</sup> Idem. Ibidem.

<sup>37</sup> Idem. Ibidem.

crime hediondo o novo crime de “estupro de vulnerável”, seja em sua forma simples ou nas formas típicas qualificadas (Art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).

Foram essas análises que fizeram o legislador, levando em consideração o sentimento profundo da repulsa popular diante dos crimes sexuais praticados com violência e barbarismo contra crianças, adolescente e vítimas incapazes de oferecer resistência, a editar essa significativa carga punitiva e classificando como crime hediondo dentro do ordenamento jurídico.

No mais, temos ainda outra problemática após o advento da nova lei, pois corre-se o risco de as penas serem menores, onde antigamente era aplicado concurso material de delitos, em que a cominação das penas de atentado violento ao pudor e estupro podiam-se ser somada, mas que agora foram tipificadas como um só crime.

Embora a violência ficta do art. 224 do CP também gerasse seus problemas, com ela, ao menos, era dada ao juiz uma maior possibilidade de flexibilizar aquele dispositivo legal, absolvendo o agente sempre que entendesse que não era justo fingir-se a violência.

Mas como toda a lei nova esta sujeita a interpretações distintas, o intuito do legislador teve o objetivo de dar pouca margem para interpretações que venha a desproteger a criança e o adolescente.

Note-se que a nova lei avança em considerar qualquer ato libidinoso e/ou conjunção carnal praticado contra vulnerável como um crime hediondo, sofrendo o autor severa punição.

A lei é taxativa, mas a interpretação terá que ser razoável e seguir o bom senso na sua aplicação, a fim de não atingir pessoas inocentes ou ferir um dos maiores princípios previstos em nossa Constituição que é a dignidade da pessoa humana.

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente estudo leva à termo, que após o advento da nova lei 12.015/09, foi significativa a mudança no ordenamento jurídico penal em relação aos crimes praticados contra os menores de 14 anos ou contra os vulneráveis como define a lei.

O motivo que leva a esta conclusão é acreditar no objetivo real do direito, que é ordenar o meio social, com a missão de assegurar aos seus membros uma vida digna, principalmente aos menos favorecidos e mais desprotegidos, levando-se em conta, principalmente, o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana.

É importante observar que, a Lei 12/015/09, por meio da criação de inúmeros tipos penais e da alteração de vários outros, apenas tenta cumprir o comando do art. 227, §4º. da Constituição da República, combatendo o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Infelizmente, na nossa sociedade atual, as perversões sexuais chegaram a proporções gigantescas. Onde antes a violência sexual era cometida basicamente contra mulheres, hoje, são os homens, inclusive adultos, vítimas também dos referidos abusos. E talvez a sua dor, moral e física seja maior do que das mulheres, pois, sua masculinidade fica em evidência, ou melhor, fica bastante constrangido no meio social.

Deve-se lembrar também que crianças são vítimas de tal delito, meninos, em plena formação sexual têm seu corpo brutalmente violado, para satisfazer ao mórbido prazer de outrem. Resta-nos destacar que as crianças menores de doze e até mesmo parte da adolescência, os menores de catorze, encontram-se no princípio de sua formação, seja no plano biológico, psicológico ou moral. Que por estarem presentes tais quesitos, seriam esses necessários, para configurar o caráter de vulnerabilidade a que elas estão submetidas.

A nova lei trouxe consigo, outra relevante mudança, como a possibilidade de crime continuado, anteriormente não havia essa possibilidade, pois os crimes de atentado de estupro e atentado violento ao pudor eram descritos em tipos penais diferentes. Como hoje houve esta unificação, haverá esta possibilidade desde que observados o disposto no artigo 71 do Código Penal.

Com a criação de um segundo tipo penal de estupro, o Direito Penal brasileiro passou a conviver com duas figuras criminosas diferenciadas e autônomas: o estupro comum (art. 213) e o estupro contra pessoa vulnerável (art. 217-A), que deve ser classificado como um crime especial.

Outra mudança significativa diz respeito a carga punitiva prevista para o crime de estupro contra pessoa vulnerável, em sua modalidade típica qualificada, é proporcionalmente bem mais rigorosa do que as penas cominadas para o tipo básico de estupro comum.

Conforme ficou claro na lei, a presunção de vulnerabilidade é absoluta e deve ser punida. Porém, se seu caráter absoluto for conhecido em todos os aspectos, estaríamos passando por cima de princípios defendidos pela Constituição, qual seja, o do contraditório e o da ampla defesa, e também não podemos esquecer o princípio da presunção de inocência.

O princípio de presunção de violência, aqui equiparado para a presunção de vulnerabilidade atropela os avanços sociais e os morais da sociedade, já que deixam de conhecer também vários princípios da Constituição Federal de 1988, como o princípio de

supremacia. A Constituição Federal, por ser considerada norma maior no ordenamento jurídico, não pode ser violada, preservando direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da coletividade.

Com a nova situação penal, a presunção de vulnerabilidade da vítima menor de catorze anos ou por qualquer outra causa incapaz de fazê-la resistir ao ato sexual ou libidinoso deve continuar sendo a regra geral, que somente pode ser afastada em casos excepcionais, quando o agente atuar em inevitável erro de tipo.

A Lei 12.015/09 iluminou uma possível dúvida que ainda restasse sobre a classificação do estupro como crime hediondo. Na lei dos Crimes Hediondos, em seu art. 1º, na nova redação dada ao seu inciso VI, indica de forma expressa que o estupro de pessoa vulnerável é considerado crime hediondo, seja em sua forma típica simples, seja em suas formas típicas qualificadas pelo resultado (art. 217-A, caput e §§ 1º, 3º e 4º).

Portanto, o entendimento que prevalece entre os operadores do Direito conclui assim, em acompanhar a doutrina majoritária, defendendo a vulnerabilidade relativa que admite prova em contrário e que poderá ceder diante da análise do caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Diva Verushka Santos. **Legislação sobre o crime de estupro desde 1830 até hoje**. Disponível em: <http://www.geocities.com/imagice/doc0812.htm>>. Acesso em: 27 set. 2008

BARROS, Francisco Dirceu. **Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais**. Carta Forense, 02 de março de 2010

BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. Wikisource, 23 de maio de 2009. Disponível em: [http://pt.wikisource.org/wiki/Dos\\_Delitos\\_e\\_das\\_Penas/II](http://pt.wikisource.org/wiki/Dos_Delitos_e_das_Penas/II). Acesso em: 29 out. 2009

BEVILÁQUA, Clóvis. **Criminologia e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1968

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. I. 7 ed revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: parte geral**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DAMÁSIO, Jesus de. **Direito Penal, 3º.. Volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudências, súmulas em matéria penal e legislação complementar**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e assédio sexual**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999

GRAÇA, Camilla Barroso. **Estupro de Vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos**. São Luiz do Maranhão – MA: 25/10/2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4902](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902)>. Acesso em: 27 de outubro de 2011

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 2009

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 8, Rio do Janeiro: Forense. 1958

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Novo tipo Penal de estupro contra pessoa vulnerável**. Teresina, ano 13, n. 2263

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, editora Atlas, 21 ed, 2004

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2006

NORONHA, Edgar de Magalhães. **Direito Penal**, V. 3, São Paulo: Editora Saraiva, 1977

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

\_\_\_\_\_. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12015, de 7 de agosto de 2009** – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009

OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávoro de. **A Mulher como sujeito ativo no crime de estupro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 set. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.24881&seo=1>>. Acesso em: 27 out. 2011

PORTILHO, João Pedro de Carvalho, História, **Direito e violência: do estupro e atentado violento ao pudor - Aspectos gerais**. História e-história, 31 e agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=10>>. Acesso em: 13 set 2011

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

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2005

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, São Paulo: Saraiva p.80. In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999

TERRA. **Procuradora critica nova lei de estupro e pedofilia**. Disponível em: 30 de Agosto de 2009: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI3948752EI7896,00Procuradora+critica+nova+lei+de+estupro+e+pedofilia.html>> Acesso em: 05 nov 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Coletânea de jurisprudência do STF em temas penais [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal**. – Brasília : Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009

GOMES, Hinayana Leão Motta. **Significados das figuras parentais, feminina, do outro e com a própria sexualidade vivenciados por detentos condenados por estupro de crianças**. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2005