

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

TAWNY MARTELI MARQUES

Orientador:

Prof. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

**Presidente Prudente/SP
2015**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

TAWNY MARTELI MARQUES

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do professor
Marcus Vinícius Feltrim Aquotti

**Presidente Prudente/SP
2015**

Marques, Tawny Marteli.

Relativização da Vulnerabilidade no Crime de Estupro de Vulnerável / Tawny Marteli
Marques: - Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2015.

Nº. de folhas:55

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio
de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

1. Crime de Estupro de Vulnerável. I. Relativização da Vulnerabilidade no Crime
de Estupro de Vulnerável.

RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial para a
obtenção do Grau de Bacharel em Direito

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti

Antenor Ferreira Pavarina

Rodrigo Lemos Arteiro

Presidente Prudente, 26 de novembro de 2015.

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las”.
Voltaire

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho àqueles que tanto me ajudaram e fizeram com que o sonho da faculdade de Direito fosse possível.

Primeiramente aos meus pais,

Tammy e Eron,

que abriram mão de viver suas vidas para poder dar a mim e meu irmão mais chances de um futuro.

Ao meu irmão,

Kaio Kauê,

que mesmo longe sempre me apoiou em todas as decisões.

Aos meus avós.

Tamae, Mauro e Dirce

que são os responsáveis por quem eu me tornei hoje.

Ao meu namorado

Marco Aurélio

que me ajudou a manter o foco, por mais difícil que tenha sido.

AGRADECIMENTO

Gostaria de agradecer, primeiramente, à Deus que renovou minhas forças para continuar nesta batalha.

Ao meu orientador, Professor Marcus Vinícius Feltrim Aquotti, que aceitou meu convite para ser orientador e me orientou neste período difícil de apresentação de monografia, em que o nervosismo se destaca.

Aos professores Antenor Ferreira Pavarina, que foi quem primeiro me ensinou as belezas do direito penal e Rodrigo Lemos Arteiro que explicou como funciona o processo e como ele é aplicado.

À todos os meus professores que me guiaram e me ensinaram a justiça e o direito e que foram mais que meros professores, ficando marcados eternamente em minha memória.

RESUMO

O delito de estupro sempre foi um delito de grande polêmica no ordenamento jurídico, sendo ele do Brasil ou do mundo, já que sempre houve regulamentações diferentes em relação ao sujeito passivo e sujeito ativo, podendo na antiguidade ser apenas mulher virgem ou viúva honesta. Com a mudança na sociedade, apenas no século XXI com a Lei nº 11.106/2005 é que houve a primeira mudança que realmente foi significativa para o delito de estupro, posteriormente a Lei nº 12.015/2009 que trouxe a mudança que está vigente até os dias de hoje. O estupro foi inserido na Lei de Crimes Hediondos e sempre houve divergências se o delito era em sua forma simples ou qualificada graças à brecha da lei. Hoje, mesmo se sabendo ao certo que o estupro é sim um crime hediondo, não importando se em sua forma simples ou qualificada, tem se dúvidas quanto ao crime de estupro de vulnerável. Alguns doutrinadores, bem como grande parte da jurisprudência, relativizam a vulnerabilidade, alegando ser necessária a análise do caso em concreto, vislumbrando o consentimento da vítima. Outros acreditam que o estupro de vulnerável tem a vulnerabilidade absoluta, pouco importando se houve ou não o consentimento da vítima.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Relativização. Sexualidade. Sexo. Lei nº 11.106/2005. Lei nº 12.015/2009. Crime Hediondo.

ABSTRACT

The offence of rape has always been a crime of great controversy in the legal system, either in Brazil or anywhere else in the world, since there have always been different regulations concerning the victim and active guy. In ancient times only virgin women or honest widow could be victims. With the change in society, only in the 21st century with the law No. 11.106/2005 is that the first change that really was significant for the offence of rape, later law No. 12.015/2009 that brought the change that lasts to this day. The crime of rape was inserted into the Law of heinous Crimes (Crimes Hediondos) and there have always been differences if the offence was in its simple or qualified forms thanks to the breach of the law. Today, even if knowing for sure that rape is a heinous crime, whether simple or qualified form, there are some doubts about the crime of rape of vulnerables. Some scholars, as well as much of the case law, make relative vulnerability, claiming to be required the analysis in a concrete case, glimpsing the consent of the victim. Others believe that the rape of vulnerable has the absolute vulnerability, regardless whether or not the victim's consent.

Key words: Rape of vulnerable. Relativization. Sexuality. Sex. Law nº 11.106/2005. Law nº. 12.015/2009. Heinous Crime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEXUALIDADE E DO DELITO DE ESTUPRO 12	
2.1 Mudanças Do Código Penal de 1940	16
2.2 Ação Penal nos Crimes de Estupro.....	19
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CRIMES HEDIONDOS	22
3.1 Crime de Estupro como Crime Hediondo	24
4 ANÁLISE DO CRIME DE ESTUPRO	29
4.1 Crime de Estupro	29
4.2 Crime de Estupro de Vulnerável.....	31
5 RELATIVIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	33
5.1 Da Relativização da Vulnerabilidade	36
5.1 Da Não Relativização da Vulnerabilidade.....	40
6 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	45
ANEXO	50

1 INTRODUÇÃO

Há tempos pensa-se em como o delito de estupro pode ser analisado, sendo um crime de maior perversidade, independentemente do caso ou que deve ser analisado caso a caso, assim, deve ser verificado historicamente como este delito foi evoluindo pelo tempo através das mudanças da sociedade em que, em um primeiro momento a mulher era tida como inferior ao homem e aquela que fosse estuprada, se não fosse mulher virgem ou viúva honesta, não caracterizaria o delito de estupro, bem como aquelas que mesmo casadas, fossem estupradas por outro homem não poderiam ser sujeito passivo, pelo simples fato de não ser mais virgem, e por último, como a Lei nº 12.015/2009 mudou o ordenamento colocando este crime como um crime comum, sendo o sujeito ativo qualquer pessoa assim como o sujeito passivo, que anteriormente somente poderia ser mulher.

Há a análise também de como nosso atual Código Penal, vigente desde 1940 trata este delito, verificando se ele é caracterizado de forma correta ou equivocada e quais os efeitos que a Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009 trouxe ao ordenamento jurídico analisando suas falhas.

Analisa também o crime de estupro como sendo um crime hediondo e como ele é tratado, se há alguma relativização em considerar todo e qualquer estupro como hediondo ou se a jurisprudência já pacificou o entendimento de sua hediondez, tanto na forma simples como em sua forma qualificada.

O trabalho também leva em conta se há também a relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, se pode considerar o consentimento da vítima para se afastar a caracterização do delito, levando à absolvição daquele que foi processado por este delito, ou se sempre será considerado a conjunção carnal ou o ato libidinoso contra menor de 14 (quatorze) anos como o delito.

O trabalho tem por finalidade, encontrar uma saída para estes tipos de questões, haja vista que esse tema tem se transformado em um tema muito debatido nos dias de hoje dada a grade ocorrência destes fatos. Muito debatido, porém sem nenhuma solução já que se trata de um assunto em que há grande divergência entre doutrinas bem como jurisprudências.

Para o estudo do presente trabalho, foi usada a metodologia indutiva, bem como a sistemática. Para a elaboração do trabalho foi realizada a pesquisa

bibliográfica e feita a análise da história do crime de estupro, bem como feito o acompanhamento de como o delito era tratado na antiguidade e como ele é tratado nos dias de hoje através das mudanças da lei.

Foi utilizado doutrinas e jurisprudências para melhor entender os fatos e assim, compreender se a relativização da vulnerabilidade pode ou não ser utilizada.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEXUALIDADE E DO DELITO DE ESTUPRO

A sexualidade sempre se tratou de um tema muito polêmico, tanto na antiguidade como nos dias de hoje. Na maior parte das vezes, o tema é ligado a crenças, tabus e preconceitos que mudam dependendo da condição social e local geográfico em que o tema é analisado.

O direito mesopotâmico trouxe o código de Hamurabi que foi o primeiro livro com normas. Acredita-se que tenha sido elaborado pelo Rei Hamurabi em aproximadamente 1700 a.C. e dentre estas normas, no artigo 130, estava disposto - *Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre*. Esse dispositivo trazia a imagem de que a mulher era propriedade do homem, pois antes de ser propriedade de seu marido, era de seu pai. Neste caso apenas o homem poderia ser sujeito ativo do delito, bem como apenas a mulher virgem que vivia na casa de seu pai poderia ser o sujeito passivo.

No mundo antigo, tinha-se a ideia de que a história da sexualidade era a história do mundo, ela evoluía juntamente com a sexualidade humana. Anteriormente a 5.000 a.C. segundo os mitos de origem, a mulher era a chefe do clã, tendo em vista que a fêmea era o símbolo de terra fértil e, bem como à fertilidade dos animais. Acreditava-se que a mulher poderia gerar filhos sozinhas. Apenas entre 5.000 e 4.000 a.C. que o papel do homem na procriação foi descoberto graças a expansão dos kurgos e começaram a surgir repressões masculinas violentas.

Posteriormente os gregos consideravam o amor e o sexo como algo natural. Segundo James A. Op. Brundage, (2000, pg. 35) em sua obra *La ley, el sexo y la sociedade Cristiana em la Europa medieval foi Platão (438-347 ou 348 a.C.) quem exerceu maior influência sobre crenças ocidentais acerca da moral sexual*. Segundo Brundage ainda:

Para ele (Platão), o sexo era visto ora como algo positivo, como uma força positiva na psique da humanidade, ora como algo negativo, sendo uma distração da verdade e da beleza como um traço perturbador e negativo da experiência humana. (BRUNDAGE, 2000, pg. 26)

Brundage disse também que Platão alegava que o sexo deveria ser apenas para procriação e que a mulher era inferior ao homem, ideia adotada também por Aristóteles, que afirmava que o sexo era um prazer corrupto que afastava o homem da razão.

A bíblia e os 10 mandamentos trouxeram o direito hebraico e com ele a ideia de que a virgindade era um presente da mulher ao futuro marido em sinal de pureza. Para que a mulher pudesse se casar, era necessário que ela nunca tivesse tido relações sexuais, seu único objetivo é que ela desse filhos ao seu marido.

O estupro era reprimido e aplicava-se a pena de morte àquele que estuprasse mulher desposada, prometida em casamento. Se a mulher fosse virgem, mas não fosse prometida em casamento, aquele que a estuprou deveria pagar ao pai da vítima cinquenta ciclos de prata e se casar com ela.

O direito Romano contribuiu para a evolução do direito penal, já que antes, o estupro era punido com a morte, nesta época a violência carnal tinha como punição a morte pela “Lex Julia de vi publica”. Tinha em vista a violência empregada mais que o fim do agente em si. O delito era chamado de *stuprum* que tinha o significado de qualquer ato impuro praticado com homem ou mulher, casada ou virgem. Para outros, era acreditado que esta palavra significava desonra, vergonha. Na época, o adultério era punido da mesma maneira que o estupro.

No casamento romano, o casamento era ligado ao poder e a política e apenas no período pós-aristotélico, com o surgimento do estoicismo, epicurismo e ceticismo é que encontraram fundamentos para justificar as crenças e atitudes sexuais para o sexo. Os estóicos acreditavam que o sexo pertencia à categoria de desejos inferiores e desta forma era reprovável e deveria ser moderado, chegando a abstinência. Esta ideia estóica foi adotada pelo cristianismo, sendo a abstinência o mais elevado ideal cristão, que deveria ser seguido e adotado por todos aqueles que se consideravam cristãos.

Com a queda do Império Romano, surgiram os feudos e com isso uma crescente ascensão da Igreja Católica cujas orientações sobre sexo e casamento perduram até hoje. Neste período só havia um comportamento aceitável, o da virgindade e o ascetismo, ou seja, o controle do próprio corpo, apenas através da castidade é que era possibilitado o conhecimento da fé e das vontades humanas. Bem no início da ideologia cristã, o casamento era aceitável, mas considerado um

pecado. As famílias de camponeses continuaram se unindo e constituindo família apesar do pensamento cristão.

No direito Canônico, só havia estupro se a mulher fosse virgem e, para haver a consumação deveria haver violência, de qualquer espécie e quem praticasse este delito, a pena era de decapitação em praça pública.

Na fronteira do Império Romano, existiam os germanos que eram divididos em tribos, eram povos nômades e possuíam uma organização própria. Nele, para haver a caracterização do estupro a mulher deveria ser virgem e exigia-se o uso da violência. Se o agente fosse um homem livre, ele seria escravo da vítima, já se fosse um escravo, seria dada a pena de morte.

A partir do século IX a igreja passou a regulamentar o casamento de acordo com seus dogmas, graças à queda do Império Carolingio, passando a integrar algumas crenças populares para aproximar fiéis, deixando de considerar a união entre homem e mulher como pecado, passando a pregar o casamento como algo divino.

No século XII, o casamento foi introduzido como sacramento inafastável, passando então a igreja a regular o casamento e a vida conjugal do casal, abolindo o casamento entre pessoas de uma mesma família, o que antes era uma tradição. O comportamento sexual, nesta época, após o matrimônio era permitido apenas para a procriação e para afastar homens de vícios, que na época eram considerados como errados como a masturbação, a homossexualidade e a zoofilia (prática de relação sexual com animais). A atividade sexual que era somente para o prazer era proibida e condenada, bem como o uso de qualquer ato contraceptivo, já que a única finalidade era a procriação.

Em 1.446, surgiram as ordenações afonsinas, que foram influenciadas pelo direito canônico. As ordenações foram inspiradas por falsos ideais que confundiam crimes com pecados. O delito de estupro estava previsto no Livro V destas ordenações que demonstrava que “*Da mulher forçada, e como fe deve a provar a força*”. Sendo que se a mulher fosse forçada, diga-se, estuprada, deveria gritar “*vedes que fazem*” por três ruas, sendo que apenas dessa forma a queixa seria válida, neste caso o estupro deveria ser em local povoado, se o local fosse deserto, deveria fazer 05 coisas, sendo válida apenas se os cinco fossem completos, são eles: gritar durante o estupro “*vedes que me fez Foam*”, nomeando o estuprador, deveria chorar e no caminho se queixar dizendo “*vedes que me fez*

Foam” a todos que ver, caminhar para a vila o mais rápido possível, ir à justiça e não entrar em outra casa.

No caso de homens que dormirem com mulher casada ou religiosa, ou sendo moça virgem ou viúva que vivesse honestamente, morreria por este ato, não gozando de nenhum privilégio pessoal. Se tal homem casasse-se com a mulher forçada, sofreria a pena do mesmo modo, não sendo relevada a pena, mesmo que o casamento ocorra por vontade da vítima.

No caso das ordenações Manuelinas, publicadas em 1.521, o estupro estava descrito no Título XIV no Livro V destas ordenações, que alegava “*Do que dorme por força com qualquer mulher, ou a constrange, ou a leva por sua vontade*”, neste caso, o homem que dormia com qualquer mulher, a força, sendo ela escrava, prostituta ou mulher honesta deveria morrer por isso. Sofria a mesma pena, aquele que aconselhava ou desse ajuda de qualquer forma para que o ato ocorresse.

Se o homem se cassasse com a vítima, da mesma forma que nas ordenações afonsinas, não era relevado a pena, mesmo que por vontade da própria vítima.

As ordenações filipinas não sofreram alterações em relação às manuelinas, salvo em relação à linguagem, que dizia em seu Título XVII do livro V “*Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva per sua vontade*”.

O grande problema dos casos em que ocorria o abuso, na época do Antigo Regime, por exemplo, era a falta de processos já que não havia queixas das vítimas e assim, a condenação era rara. Segundo Vigarello, (1998, pg.33/34) em sua obra História do Estupro, acreditava que o estupro não é uma violência como qualquer outra, e sim aquelas que as vítimas não denunciam e quando denunciam, denunciam pouco, assim, na época, o número de estupros era baixo. As condenações eram muito limitadas, sendo que apenas uma de sete queixas de mulheres adultas de Paris levou a alguma pena grave.

Em 1.830, após a Proclamação da República, surgiu o Código Criminal do Império, vejamos:

O Código Criminal de 1830, no capítulo dos crimes contra a segurança da honra, compreendia o coito com mulher virgem, menor de 17 anos (art. 219), a cópula, mediante violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta (art. 222) e a sedução de mulher honesta, menor de 17 anos, com cópula carnal (art. 224). A pena do estupro, mediante violência ou ameaça,

era a mais grave: prisão de 3 a 12 anos e, cumulativamente, dote da ofendida. O art. 222 10 estabelecia a redução da pena para 1 mês a 2 anos se a vítima fosse prostituta (SIQUEIRA. 1951, pg. 232).

Em 1.890, houve uma reformulação o que fez com que houvesse um abrandamento das penas, havendo o banimento da pena de morte buscando a ressocialização daquele que cometeu crimes. Nos casos de violência contra a segurança da honra e honestidade das famílias as penas eram de prisão cautelar de um a seis anos. Nos casos de estupro, a violência era necessária para a configuração do delito, pois era ela que diferenciava as mulheres honestas das mulheres desonestas.

Por ser um código com muitas falhas, eram utilizadas leis esparsas para regulamentar estas falhas e em 1.932 foram consolidadas estas leis, sendo chamadas posteriormente de Consolidação das Leis Penais.

O atual Código Penal, veio em 1.940.

É o momento da história em que surgem os “Direitos Humanos de Terceira Geração”, em que “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade” (LENZA, 2010, p. 740).

Foi em 1940 então que o legislador tentou de alguma forma juntar os delitos em um único livro.

2.1 Mudanças Do Código Penal De 1940

Até o século passado, era levado em consideração a posição social que a pessoa possuía e se ela era ou não digna.

Segundo Hungria e Lacerda em sua obra Comentários ao Código Penal, (1944, pg. 104) a palavra costumes foi utilizada no nosso código como um modo de significar hábitos da vida sexual que eram aprovados na prática, sendo uma conduta que é adaptada à conveniência e a disciplina social.

O significado dessa palavra costume é moral pública, sendo neste caso sexual, e assim, a incriminação só é devida quando há um dano, de acordo com Gisele Leite em seu artigo Comentários sobre os crimes contra os costumes, 2007.

No nosso Código Penal, Decreto-Lei criado em 1940, em seus artigos 215 e 216, havia a expressão “mulher honesta” no caso de violação sexual mediante

fraude e atentado ao pudor mediante fraude. No artigo 217 o crime de sedução exigia que a vítima fosse mulher virgem. Nestes casos o sujeito passivo deveria necessariamente ser mulher e, além disso, honesta, para se configurar o crime, como podemos observar na transcrição dos artigos a baixo:

Posse Sexual Mediante Fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude: Pena – reclusão de um a três anos.

Parágrafo único: Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão de dois a seis anos.

Atentado ao Pudor Mediante Fraude

Art. 216. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir com que com ela se pratique ato libidinoso: Pena – reclusão de um a dois anos

Parágrafo único – se a ofendida é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

Sedução

Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

As mudanças referentes a estes artigos vieram somente com a Lei nº 11.106 de 2005, que acabou por tirar o termo “honesto” destes artigos 215 e 216, continuando a ter a expressão mulher e a revogar o artigo 217 e apenas com a Lei nº 12.015 de 2009 o homem pode ser vítima, como podemos ver a seguir:

Posse Sexual Mediante Fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude: Pena - reclusão, de um a três anos. (redação dada pela Lei 11.106, de 2005).

Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de dois a seis anos (redação dada pela Lei 11.106, de 2005).

Atentado ao Pudor Mediante Fraude

Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de um a dois anos (redação dada pela Lei 11.106, de 2005).

Parágrafo único: se a ofendida é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão de dois a quatro anos (redação dada pela Lei 11.106, de 2005).

Posteriormente, a Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009 juntou os artigos 215 e 216, revogando o artigo 216, lembrando que não houve *abolitio criminis*, apenas a mudança do dispositivo ficando:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Já no caso do estupro, anteriormente à Lei nº 12.015/2009 estava localizado no título VI, “Dos Crimes Contra os Costumes”, em seu Capítulo I, “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” em que estava descrito no artigo 213. *Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos.*

O artigo descrevia apenas a conjunção carnal, não havendo então neste caso os atos libidinosos, desta forma aquele que praticasse ambos, praticaria dois delitos, sendo o de conjunção carnal no artigo 213, e os atos libidinosos no artigo 214:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

O Código Penal, atualmente, após o advento da Lei nº 12.015/2009, foi alterado o Título VI de “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, mantendo o Capítulo I como “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual, começando pelo artigo 213 que juntou a redação do artigo 213 e 214, do Código, também não ocorrendo *abolitio criminis*. Com a nova redação, o sujeito passivo passou a poder ser homem ou mulher, bem como o sujeito ativo, pode ser a mulher.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos (Redação dada pela Lei nº 12.015 de 2009).

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Além das mudanças acima descritas, anteriormente à Lei nº 12.015/2009 havia um dispositivo que regulamentava a presunção de violência em relação às pessoas menores de 14 (catorze) anos e aos deficientes, vejamos:

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

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Este dispositivo trouxe diversos problemas, pois se começou a relativizar esta presunção de violência alegando que essa presunção não poderia ser absoluta. Segundo Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho, em sua obra *Violência Sexual Presumida* (2004, pg.16) o estupro com presunção de violência em que não há a violência real, viola o princípio constitucional da presunção de inocência, pois presume um fato desobrigando o Órgão acusador de provar, e assim, dada a grande divergência e a grande relativização deste estado de presunção de violência, a lei revogou este dispositivo, não havendo também o *abolitio criminis*, e houve a inclusão do artigo 217-A, chamado hoje como estupro de vulnerável, vejamos:

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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º **(VETADO)** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Este artigo veio para quebrar essa relativização que estava sendo utilizada e trazer disposto que, não importa se houve ou não violência ou grave ameaça, se ocorreu a conjunção carnal ou o ato libidinoso com menor de 14 anos, houve o estupro de vulnerável.

2.2 Ação Penal Nos Crimes De Estupro

Na redação original do Código penal de 1940, a ação penal era de ação privada, havendo exceções, vejamos:

Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Após a Lei nº. 12.015/09, houve a mudança do Código Penal que falava sobre a ação penal dos crimes descritos no Título VI do Código Penal, ficando a redação, vigente até as datas de hoje, dessa forma:

Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

A mudança da lei para a ação pública se deu graças a falta de punição aos que cometiam o estupro, tendo em vista que muitas vítimas a fim de evitar reviver o crime, não entravam com a queixa. Fazendo com que se facilitasse a propositura da ação através da representação ao Ministério Público.

Uma exceção a este dispositivo está descrita na súmula 608 do STF que foi feita como uma forma de tentar acabar com a impunidade para estes determinados crimes: *No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação é pública incondicionada.*

Ocorre que quanto essa súmula, existem divergências se ela está ou não em vigor. Para MAGGIO (2013):

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, a ação penal no crime de estupro passou a ser, em regra, de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, e não mais de ação penal privada, com exceção do estupro de vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (menor de 14 anos, portador de deficiência ou doença mental incapacitante ou pessoa que por qualquer

outra causa não possa ofertar resistência), cuja ação é pública incondicionada (CP, art. 225 e parágrafo único).

Ocorre que o legislador foi omissivo em relação ao estupro qualificado pela lesão corporal de natureza grave e pelo resultado morte. Em razão disso, parte da doutrina defende que nesses casos a ação penal também depende de representação. A nosso ver, esse entendimento não é correto, pelos seguintes motivos: (1) não faz nenhum sentido no crime menos grave (estupro contra menor de 18 anos) a ação ser pública incondicionada e, no mais grave (estupro qualificado pela lesão grave ou morte), a ação depender de representação; (2) uma lei que aboliu a ação penal privada visando maior rigor na apuração desses crimes, não poderia tratar de forma mais branda justamente os autores dos delitos mais graves (com resultado lesão grave ou morte); (3) no caso de morte, diante de eventual ausência de quem poderia representar a vítima, um crime hediondo ficaria totalmente impune; (4) na sistemática anterior, o estupro qualificado pelo resultado lesão grave ou morte já era de ação penal pública incondicionada.

Assim, segundo ele, está correto o entendimento de que a súmula está em vigor, levando em conta que não faz sentido um crime menos grave, no caso do estupro de menor de 18 anos, ser de ação penal pública incondicionada, enquanto que um crime mais grave, o estupro que resulta violência real, ser condicionada à representação.

Por outro lado, aquele que afirma ser incabível a utilização da súmula, TASSE (2014), alega que a súmula foi criada após a reforma do código penal de 1984. Antes, o artigo 101 do Código, antigo 103, alegava que o crime praticado com violência real seria um crime complexo, sendo então necessário que ele seja de ação pública, já que antes era de ação privada.

Ocorre que com a Lei nº 12.015/09, estes crimes passaram a ter ação pública e assim, não tendo sentido a súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, por remeter ao artigo 101 do Código Penal, que está na parte geral do Código.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CRIMES HEDIONDOS

Antes da promulgação da lei de crimes hediondos como é hoje, houve a apresentação de outros projetos de lei, na tentativa de agravar crimes considerados como mais graves, mudando sua pena, como o projeto de Lei nº. 2.105/89, estabelecimento de prisão preventiva obrigatória, como o caso do projeto de Lei nº. 2.154/89 e a aplicação da pena em dobro cominada, rotulando como crime hediondo os crimes de estupro, sequestro, genocídio, violência praticada contra menores impúberes, assalto com homicídio e periclitacão da vida de passageiros de transportes coletivos.

Houve a propositura de outros projetos, como o nº 3.875, 5.270 e 5.281.

Passando essa mensagem, da necessidade de uma lei mais rígida, foi criado o projeto de número 5.405/90, que se transformou na Lei nº 8.072/90, ficando sua redacão conforme vemos no anexo 01 deste trabalho.

Quanto a essa lei, Alberto Silva Franco, em sua obra Crimes Hediondos, afirmou:

A criminalidade de cunho violento passava por um período de intenso crescimento, pelo qual, aproveita-se da liberdade do Sistema de Legislação Penal. Mesmo com a reforma de 1984, não bastara para adequar a norma à realidade criminal brasileira, motivo suficiente para a criação de um instrumental jurídico de contenção de delitos. A criminalidade violenta, no entanto, não diminuiu em face da reforma do Código Penal de 1984. Ao contrário, os índices atuais são alarmantes. Uma onda de roubos, latrocínios, estupros, sequestros para fim de extorsão, etc. vêm intranquilizando as nossas populações e criando um clima de pânico geral. Urge que se faça alguma coisa no plano legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta penal mais severa, um dos meios de controle deste tipo de criminalidade. (FRANCO, 2005, p. 93).

De acordo com João José Leal, em seu livro Crimes Hediondos, (1996, pg. 23), o legislado partiu do pressuposto de que qualquer que fosse o autor ou sua personalidade, até em relação à vítima, quem quer que fosse, os crimes descritos nessa lei merecem uma punição mais severa e grave. Assim, segundo ele:

Trata-se, portanto, de um conceito puramente formal, de mera colagem, que contraria a própria natureza das coisas, pois a lei criou a presunção compulsória do caráter profundamente repulsivo o ato incriminado: de forma discricionária e apriorística, decidiu o legislador marcar certas condutas

criminosas, já tipificadas na lei positiva, com rótulo da hediondez absolutamente obrigatória (LEAL, 1996, pg. 23)

De acordo com ele, ainda, esse conceito é um conceito inaceitável, já que parte de uma premissa falsa ao presumir que as condutas rotuladas desta forma carregam o caráter da hediondez indiscutível (LEAL, 1996, pg. 23).

Há a previsão de crimes hediondos na constituição Federal, que aduz ser inafiançável os crimes hediondos e equiparados.

Art. 5º 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:

[...]

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

Através disso é que o legislador demonstrou sua discricionariedade acrescentando os crimes de tráfico de drogas, tortura e terrorismo, não o descrevendo como hediondo, mas como equiparado, e assim, terá os mesmos efeitos.

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

Hoje, verificamos que o artigo 1º desta Lei nº 8.072/1990, foi organizado de forma que cada um dos crimes hediondos se encontra em um inciso, diferentemente da redação que colocou a lei em vigor, deixando o dispositivo mais organizado para a capitulação dos crimes.

3.1 Crime De Estupro Como Crime Hediondo

Hoje, existem divergências se o crime de estupro é crime hediondo em todas as suas modalidades.

Que este delito em sua forma qualificada é hediondo não há dúvidas, agora, em relação ao erro de tipo, do consentimento da vítima que mantém relacionamento com o, em tese, estuprador no caso de estupro de vulnerável e no beijo lascivo à força, existem divergências entre doutrinas e jurisprudências.

O STJ, em sua 3ª seção pacificou o entendimento de que qualquer delito de estupro é considerado como hediondo, tendo então seus efeitos. Este entendimento veio para afastar a presunção de que só é hediondo aquele em que há lesão grave ou morte. No mesmo sentido segue o STF, bem como todo o STJ em relação até aos delitos que antes da Lei nº 12.015 eram considerados apenas como atentado violento ao pudor, pois este delito protege a liberdade sexual e não a vida ou a integridade física apenas.

O estupro encontra-se nos incisos V e VI do artigo 1º da Lei nº 8.071 de 1990:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984).

[...]

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

Embora evidentemente grave o crime de estupro, acredita-se que a cominação da pena para o mínimo de 06 anos, que equipara à pena mínima do homicídio simples, fere o princípio constitucional da proporcionalidade, devendo ser feita a readequação de tal delito.

Vejamos, além da pena do homicídio simples ser no mesmo patamar da pena do estupro, há também a desproporcionalidade no caso do crime de lesão corporal seguida de morte, descrita no artigo 129 §3º do Código Penal, em que a pena mínima deste caso é de 04 (quatro) anos, bem como no caso do crime de tortura, descrito no artigo 1º da Lei nº 9.455 do 1997, que a pena mínima é de 2 (dois) anos ou no crime de aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, artigo 125 do Código Penal, em que a pena mínima é de 03 (três) anos.

O artigo 61 da Lei de Contravenções penais descreve: *Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.* Tendo isto em vista, não é todo ato libidinoso que pode ser considerado como estupro, mesmo que tentado. Os atos que este artigo são os de menor potencial ofensivo.

O grande problema encontrado no princípio constitucional da proporcionalidade é que o artigo 61 não descreve quais são os atos que são ofensivos ao pudor, bem como o artigo 213 não descreve quais são os atos libidinosos que caracterizam o estupro. Assim, como diferenciar se o ato praticado pelo agente é mera contravenção ou o crime de estupro.

Quanto a este problema, Cezar Roberto Bitencourt (2013, pg. 55) disse que:

Com efeito, a diferença do *desvalor da ação* que há no *sexo anal e oral (e suas variáveis)*, *praticados com violência*, e nos demais *atos libidinosos, menos graves*, é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais atos, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram às raias da *insignificância*. Nesses casos, quando ocorrem em lugar público ou acessível ao público, devem ser desclassificados para a *contravenção penal* do art. 61 (LCP). Caso contrário, deve-se declarar sua *inconstitucionalidade* por violar os princípios da *proporcionalidade*, da *razoabilidade* e da *lesividade* do bem jurídico.

BITENCOURT (2013, pg. 55/56) ainda afirmou que:

Beijo lascivo (que nunca soubemos exatamente o que é), os tradicionais “amassos”, toques nas regiões pudendas, “apalpadelas” sempre integraram, segundo superada orientação jurisprudencial, os chamados “atos libidinosos diversos de conjunção carnal” configuradores do então *atentado violento ao pudor*. No entanto, a partir da Lei dos Crimes Hediondos, repetindo, que elevou a pena mínima para seis anos de reclusão, falta-lhes a *danosidade proporcional*, que se encontra no sexo anal ou oral violentos, sendo impossível equipará-los. Nessa linha, merece ser destacado o exemplar acórdão relatado pelo Des. Aramis Nassif, *in verbis*: “Apalpadela dos seios de menor. Atentado violento ao pudor. Proporcionalidade. Desclassificação. Ato obsceno. O ato de apalpar os seios da vítima, criança de 12 anos de idade, merece reprimenda, mas na proporcionalidade com a gravidade do fato que, diferentemente de outros, não atinge as características de violência e repúdio do atentado violento ao pudor. A resposta jurisdicional pretendida daria ao fato a mesma sanção de um homicídio simples, o que evidencia a desproporção entre a ação e sanção alvitada no recurso da acusação. A presunção de violência não pode atingir o injusto. Reprimenda necessária que se faz com a desclassificação do delito, tal como promovida na sentença. O crime é de ato obsceno tipificado no art. 233 do CP. Em outros termos, diante da gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão), e a *desproporcional* gravidade dos “demais atos libidinosos” supramencionados, resta evidente que não lesam o bem jurídico protegido pela norma penal constante do art. 213 ora sub examen. Devem, quando praticados em público, ser desclassificados para a contravenção penal da *importunação ofensiva ao pudor* (art. 61). Quando, no entanto, não forem praticados em público (ou em local acessível ao público), deve-se reconhecer a configuração do *princípio da insignificância* ou, alternativamente, declarar-se sua *inconstitucionalidade*, sem a redução de texto, por violar o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade.

Antes da mudança da Lei nº 12.015, havia como visto acima, a violência presumida, prevista no artigo 224 do Código Penal, nela, acreditava-se que todo e qualquer estupro ocorrido com pessoas menores de 14 (quatorze) anos, mentalmente débeis ou em que não possuíam condições para resistência, havia esta violência presumida, tanto no caso de conjunção carnal, anteriormente descrito no artigo 213, como no caso de prática de atos libidinosos, com fulcro no artigo 214.

O artigo 1º da Lei nº 8.072 não inseriu o artigo 224, mas apenas o artigo 223, pois este artigo 224 não apresentava qualquer qualificadora e não ser uma norma autônoma, sendo apenas exemplificativo, afirmando que era presumida a violência pelo estado em que a vítima se encontrava. O STF em sua jurisprudência afirmava:

PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. 1 -

Segundo o mais recente entendimento do STF, acompanhado por esta Corte, o estupro e o atentado violento ao pudor, sejam em suas formas simples ou não, vale dizer, com ou sem violência real, são considerados hediondos, não havendo, portanto, possibilidade de progressão de regime prisional. 2 - Ordem denegada.
(STJ , Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 07/05/2002, T6 - SEXTA TURMA)

O estupro simples, antes da alteração da Lei nº 12.015, havia discussões acerca de ser ou não hediondo, visto que defendiam que a referência dada nos incisos V e VI do artigo 1º da Lei teria enumerado apenas o artigo 213 c/c 223, caput e parágrafo único, assim como artigo 214 c/c 223, caput e parágrafo único. Desta forma, não especificando a forma simples e sua qualificação como fez os outros incisos do mesmo artigo 1º, para então englobar o delito das duas formas.

Posteriormente, com a mudança da Lei nº 12.015, foi superado o debate da doutrina e jurisprudência, sendo que a lei unificou o estupro no artigo 213 do Código Penal e deixou bem claro o crime na forma simples como hediondo, bem como na forma qualificada. Transformou também o estupro de vulnerável como forma autônoma.

No estupro de vulnerável, agora, não há o debate se há ou não violência, aqui, há a junção do estupro e do atentado violento ao pudor sem a menção da violência, sendo hediondo tanto nas formas simples como nas suas formas qualificadas.

O que nos resta pensar, bem como no pensamento da doutrina, é que mesmo agora devidamente especificado pela lei, se há a possibilidade de haver uma proporção em relação à alguns atos que, mesmo sendo estupro pela gravidade do ato, não será tão grave a ponto de correr com os efeitos que o crime hediondo traz àqueles que são condenados em seus moldes.

Há casos em que mesmo se tratando de relações sexuais entre um menor de 14 anos com um maior, podemos analisar a falta de dolo do sujeito ativo de se aproveitar da condição de vulnerável da vítima, de prejudicar ou interferir no desenvolvimento psicológico de sua vítima. O que acaba acontecendo em casos em que tanto o sujeito quanto a vítima são namorados, a vítima menor de 14 anos, que mentem relações sexuais com o agente, sendo esse namoro de anos, em que os pais da vítima autorizam a presença do autor do fato em sua casa convivendo normalmente, acreditando que a vítima possui maturidade para este tipo de relação.

Aqui, mesmo o sujeito tendo a vontade de praticar a relação sexual com o vulnerável, ele não tem o dolo de se aproveitar deste vulnerável. Aqui analisa-se que ele quer manter uma relação com essa pessoa que é protegida pelo ordenamento jurídico, não apenas uma relação sexual.

Existem casos também em que a vítima, fazendo o sujeito acreditar que ela é maior de 14 anos, mantem relações sexuais com ele, sendo então posteriormente difícil provar a real intenção desse agente, que alega não saber da condição de vulnerabilidade da vítima, neste caso há o erro de tipo.

O erro de tipo exclui o dolo da ação, assim, se o crime só aceita a modalidade dolosa, não poderá responder pelo crime, como é o caso do crime de estupro de vulnerável. Segundo BITENCOURT (2012, pg. 503):

“Erro de tipo é o recai sobre a circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre o elemento do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal.

Neste caso então exclui-se a tipicidade da conduta.

4 ANÁLISE DO CRIME DE ESTUPRO

4.1 Crime De Estupro

Conforme já visto no capítulo 2 deste trabalho de conclusão de curso, o delito de estupro como é hoje foi a junção do artigo 213 e 214 do Código Penal pela Lei nº 12.015/2009.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos (Redação dada pela Lei 12.015 de 2009).

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

O delito se dá, na primeira parte mediante violência, ou através da grave ameaça. A violência é aquela capaz de suprimir a capacidade da vítima para reagir à agressão, essa agressão serve para, de alguma forma, possibilitar que o sujeito pratique qualquer ato ou a conjunção carnal com a vítima. A violência pode ocorrer no caso de se amarrar a vítima ou lhe segurar para que ela não impeça o ato. Se essa violência resultar lesão corporal de natureza grave, o estupro deixará de ser simples passando para a forma qualificado do parágrafo 1º.

A grave ameaça é descrita como violência moral, a vítima não pode deixar de ceder a ela, e assim, permite que a prática do ato libidinoso ou da conjunção carnal ocorra. Essa ameaça pode ser contra a própria vítima, alegar que se ela não deixa que a prática ocorra vai, se alguma forma, machucá-la ou então contra terceiro.

Para ocorrer a conjunção carnal, deve ser analisado se o sujeito ativo, praticou a cópula sexual, que ocorre mediante a introdução, podendo até ser parcial, do órgão sexual masculino, pênis, na cavidade vaginal. Lembrando que pouco importa se o sujeito ativo é homem ou mulher. Apesar de serem raros os casos em que a mulher é o sujeito ativo, ocorre, tendo sido possibilitado pela Lei nº 12.015 de 2009.

No caso do ato libidinoso, ocorre quando a mulher ou homem pratica ou deixa que seja praticado, ato libidinoso diverso da conjunção carnal. São exemplos de ato libidinoso a masturbação, o sexo oral, coito anal e *inter femora*, que são posições sexuais que simulam a penetração.

Na ação penal, esse delito se mostra de difícil prova, já que ele ocorre geralmente apenas entre o agressor e a vítima, sendo então a palavra da vítima de extrema importância.

A consumação deste delito depende do tipo buscado pelo sujeito ativo. Se esse agente visa a conjunção carnal, a consumação se dá com a introdução do pênis na vagina. Se o buscado for o ato libidinoso, a partir do momento em que o ato é praticado o delito está consumado. MAGGIO (2013) afirmou da mesma forma:

O estupro é crime material, que só se consuma com a produção do resultado naturalístico, consistente na conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Consuma-se, portanto, após o constrangimento da vítima, mediante violência ou grave ameaça: (1) *na hipótese de conjunção carnal* – no momento da penetração completa ou incompleta do pênis na vagina, com ou sem ejaculação; (2) *na hipótese de outro ato libidinoso* – no momento em que a vítima pratica em si mesma, no agente ou em terceira pessoa algum ato libidinoso (exemplos: masturbação, sexo oral etc.), ou no instante em que alguém atua libidinosamente sobre seu corpo (exemplos: toques íntimos, sexo anal etc.). A prática de mais de um ato libidinoso, no mesmo contexto fático e com a mesma vítima, importará em crime único, mas deverá ser levado em conta pelo juiz na dosimetria da pena.

O estupro é um delito que aceita tentativa, por se tratar de crime plurissubsistente, o que permite o fracionamento dos atos, sendo assim, possível a separação das quatro fases do crime (cogitação, preparação, execução e consumação). A tentativa ocorre quando por circunstâncias alheias à vontade do agente, o crime deixa de consumar, ocorrendo entre a fase de execução e de consumação. Para ESTEFAM (2010, pg. 41/42):

É admissível, pois alguém pode dar início à execução do crime e ver frustrada sua intenção por fatores alheios a sua vontade. Deve-se lembrar que o delito possui dois momentos: o inicial, em que há o emprego da violência física ou grave ameaça contra a pessoa, e o momento posterior, de natureza libidinoso, em que o ato de cunho sexual é praticado. Uma pessoa pode, por exemplo, apontar arma para a vítima e leva-la a um terreno baldio com o intuito de estuprá-la, mas ser impedida pela intervenção oportuna de terceiro, pela aproximação da polícia etc.

Há uma grande problemática em se saber qual a real intenção do agente para se saber se houve a tentativa ou a consumação do delito. Além de se

observar as circunstâncias de como ocorreram os fatos, devemos levar em conta também o comportamento do sujeito para se saber se sua pretensão era de manter conjunção carnal ou a prática de atos libidinosos, pois, se alegar que ele tinha a intenção de manter conjunção carnal e for pego tendo realizado o ato libidinoso apenas, será a tentativa de estupro, tendo em vista que o dolo era apenas para praticar a conjunção carnal.

Para MIRABETE e FABBRINI (2011, pg. 392):

Na vigência da lei anterior, discutia-se a possibilidade de caracterização da tentativa de estupro, e não de atentado violento ao pudor consumado, quando, sendo intenção do agente a conjunção carnal, não logra ele a sua consumação por circunstâncias diversas, como nas hipóteses de cópula vestibular e do agente que força a introdução do pênis na vagina da ofendida mas ejacula antes. Não há dúvida de que nessas hipóteses, diante da lei nova, o crime de estupro estará consumado, porque tais práticas constituem atos libidinosos. Não se pode afastar, porém, a possibilidade de tentativa de estupro, como já visto, nos casos em que, empregada a violência ou grave ameaça, o agente é impedido de concretizar o seu intento de manter conjunção carnal com a vítima sem que qualquer ato libidinoso seja praticado.

Assim, para eles, isso não ocorre, os autores pregam que não importa a intenção do sujeito, se ele queria a conjunção carnal e apenas apalpou a vítima e foi interrompido antes de efetuar essa conjunção, para eles ainda seria estupro, pois de qualquer forma houve o ato libidinoso.

4.2 Crime de Estupro de Vulnerável

Este delito, como já visto a cima, foi criado pela Lei nº 12.015/09.

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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Este artigo, diferentemente do artigo 213 do Código Penal não exige violência ou grave ameaça para sua configuração. Nele, há a diferença apenas em quem é o sujeito passivo, que deve ser necessariamente vulnerável.

Este tipo deixa de ser uma modalidade de crime, virando um crime autônomo.

O bem defendido neste tipo penal é a liberdade do vulnerável.

MIRABETE e FABBRINI (2011, pg. 409) disseram que o sujeito passivo deve ser o menor de 14 (quatorze) anos, se ele já completou essa idade, será a configuração de outro delito, sendo que se presentes os requisitos deles, como o estupro simples, do artigo 213 do Código Penal, se houver violência ou grave ameaça ou violação sexual mediante fraude descrita no artigo 215 do mesmo Código.

O sujeito ativo, bem como no crime de estupro do artigo 213 do Código, poderá ser qualquer pessoa, sem qualquer peculiaridade, observando que para a prática de conjunção carnal, necessariamente, precisa-se que a vítima e o sujeito ativo sejam de sexos diferentes.

Neste delito, a consumação se dá da mesma forma que no delito de estupro, sendo a diferença de não haver a violência ou a grave ameaça.

5 RELATIVIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O Código Penal separou um capítulo apenas para tratar sobre os crimes praticados contra os vulneráveis, sendo o capítulo II, descrito como “Dos Crimes Contra Vulnerável”.

Segundo MIRABETE e FABBRINI (2011, pg. 407):

No Capítulo II, a lei disciplina os crimes sexuais contra vulnerável. Pessoa vulnerável, no sentido que lhe conferiu o Código Penal, é, primeiramente a pessoa menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, se encontra particularmente sujeita aos abusos e à exploração e sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual. Em alguns dispositivos a lei estabeleceu tratamento diferenciado em relação ao menor de 14 anos e ao maior de 14 e menor de 18 anos, reconhecendo que em relação a esses últimos há de ser respeitada alguma liberdade sexual.

Para o Código Penal, no caso do crime de estupro de vulnerável, vulneráveis são aqueles menores de 14 (quatorze) anos ou aqueles que por alguma enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para praticar determinado ato, ou ainda aqueles que por qualquer outro meio, não consiga oferecer resistência.

Neste artigo 217-A, o legislador aplicou a vulnerabilidade para aquele menor de 14 (quatorze) anos, o que ocorre de forma diferente no artigo 218-B, que afirma ser vulnerável o menor de 18 (dezoito) anos. Para essa divergência em um mesmo título do Código Penal, não há qualquer explicação, a não ser pelo fato de mesmo não sendo vulneráveis, para este tipo de delito, há uma maior proteção para o menor de idade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou que a idade da transferência da infância para a adolescência é de 12 (doze) anos conforme o artigo 2º do Estatuto: *Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade*, mas o Código Penal, ao estipular 14 (quatorze) anos como a idade para essa transferência, deixou tutelado diferentemente desse Estatuto, acreditando que mesmo por não ser mais considerado como criança, merece também uma maior proteção.

Para MIRABETE e FABBRINI ainda:

Afastou-se o Código Penal da disciplina contida no Estatuto da Criança e do Adolescente que considera criança quem tem 12 anos incompletos e adolescente o que tem idade superior a esta e inferior a 18 anos. Embora se possa falar em vulnerabilidade absoluta e relativa em relação aos menores de 18 anos, de acordo com aquelas faixas etárias, a lei não concedeu ao juiz margem de discricionariedade que permita aferir no caso concreto o grau de maturidade sexual do menor para a aplicação dos diversos dispositivos legais (MIRABETE, FABBRINI, 2011, 407).

Nucci afirmou em seu livro Crimes contra a dignidade sexual:

Diante desse conflito aparente de normas, parece-nos razoável concluir que a partir dos 12 anos o indivíduo é adolescente, tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, internado, por seus atos infracionais. Logo, não deve ser considerado como um completo incapaz para ter relação sexual, como faz crer o preceituado pelo art. 217-A do Código Penal. Eis a razão pela qual parece-nos sustentável apontar como relativa a vulnerabilidade do menor de 14 anos, porém, maior de 12. (NUCCI, 2012, pg. 100/101).

Essa vulnerabilidade afirmada pelas doutrinas foi resolvida através da cronologia, sendo chamada de vulnerabilidade cronológica.

De acordo com FREITAS (2014), existe a presunção de vulnerabilidade absoluta e a relativa, sendo que a absoluta é chamada como presunção *iure et iure*, sendo aquela que não aceita prova em contrário, e a relativa, chamada *iuris tatum*, aquela que aceita prova em contrário. Para ela, ainda existe a presunção mista, àquela que é absoluta para os menores de 12 (doze) anos e relativa para aqueles entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos.

Verifica-se que a presunção relativa de vulnerabilidade e a presunção absoluta não se confundem com a vulnerabilidade relativa e a vulnerabilidade absoluta. No caso da vulnerabilidade absoluta e da vulnerabilidade relativa não há o questionamento se há ou não a presunção, segundo BITENCOURT:

Aqui o questionamento é outro, isto é, não se discute se se trata de presunção absoluta ou de presunção relativa de vulnerabilidade, como na hipótese anterior, pois essa avaliação já ficou para trás, está superada; parte-se, portanto, do pressuposto de que a *vulnerabilidade* existe, mas não se sabe o seu *grau*, *intensidade* ou *extensão*. Diríamos que se trata de um *juízo de cognição*: no primeiro, avalia-se a natureza da presunção, se relativa ou absoluta; neste *segundo juízo*, valora-se o *quantum* de vulnerabilidade que a vítima apresenta. E, seguindo-se a linha do legislador que a previu para faixas etárias distintas- menor de quatorze anos e menor de dezoito – elas apresentam, inegavelmente, gravidades e consequências distintas. Mas mais do que isso, podem apresentar-se em graus distintos em uma mesma faixa etária, e também por isso, precisam ser valoradas casuisticamente (BITENCOURT, 2013, pg. 102).

Esse assunto possui diversas divergências, não se chegando em uma conclusão pacífica para determinar se deve-se ou não relativizar a vulnerabilidade no caso do estupro.

RASSI, (2012, pg. 06) disse que: “*havendo ato sexual com menor de 14 anos, pouco importando sua experiência sexual ou outras circunstâncias, haveria estupro de vulnerável*”. Ou seja, segundo seu entendimento, não há o que se relativizar tendo em vista que o código deixou claro em seu tipo penal apenas a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos.

Mesmo sendo um assunto debatido por diversas vezes e há muito tempo, não é um assunto que possui uma solução, as divergências são gritantes e aparecem até mesmo em um mesmo tribunal.

Devemos considerar que essa relativização é um assunto de extrema delicadeza já que afeta não só a vítima de estupro que, no caso em tela, é aquela menor que se aproveitando do erro do agente acaba por manter relação sexual com o agente ou até mesmo aquele que, com o consentimento da vítima, estando em um relacionamento com ela, sendo sabido por toda sua família, mantém relações sexuais, como também de toda uma sociedade.

Seria correto, ou mesmo justo, mandar alguém para cumprir pena, com todos os malefícios do crime hediondo por ter namorado e mantido relações com uma adolescente menor de 14 (quatorze) anos?

Deve ser considerado que no presente trabalho, se está analisando os casos em que há o consentimento da vítima, observando que, em um primeiro momento, esta vítima se aproveita que o agente acredita que ela possui mais de 14 (quatorze) ou até mesmo mais de 18 (dezoito) anos, ou em outro momento em que eles já mantem um certo relacionamento e com o devido consentimento, mantem relações sexuais. Defende-se aqui a análise do caso em concreto analisando as circunstancias de cada caso. Casos estes que não afetam o psicológico do adolescente de qualquer maneira, considerando sua maturidade.

Essa relativização vem sendo defendida por alguns tribunais que mantem a sentença do juiz que absolve o réu por entender ser essa medida correta ou então, reformar sentença que acaba por condenar o réu.

Estes tribunais, muitas vezes dentro de um mesmo estado, entendem de maneiras diferentes uma mesma situação.

5.1 Da Relativização Da Vulnerabilidade

Conforme as próximas três jurisprudências citadas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificamos que a relativização da vulnerabilidade foi utilizada como forma de não se cometer “injustiças” com aqueles que praticaram o delito apenas por acreditar que, por manter um relacionamento com a vítima, poderia ser desconsiderado:

EMBARGOS INFRINGENTES. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que contava com 13 anos à data do fato e, desde o início, deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à prática do fato descrito na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somadas à manutenção de relacionamento entre réu e vítima durante toda a instrução do feito, não conduzem a conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, a absolvição, portanto, é medida que se impõe. EMBARGOS ACOLHIDOS. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70057504359, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 28/03/2014)
(TJ-RS - EI: 70057504359 RS , Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 28/03/2014, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2014)

APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 20 anos, e a ofendida, com idade entre 12 e 13 anos. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. Indemonstradas a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. Precedentes no sentido de que o critério etário adotado pelo legislador infraconstitucional não mais se considera absoluto, sobretudo diante dos avanços sociais, da universalização do acesso à informação e, conseqüentemente, da obtenção de maturidade e capacidade de discernimento pelos adolescentes. Liberdade da jovem mulher para decidir sobre questões envolvendo sua sexualidade que não pode ser desconsiderada. Inaplicabilidade de tais ponderações aos casos de limitação por doença mental ou às crianças cuja maturidade só se dará com o passar dos anos. Sentença condenatória reformada ao efeito de absolver o réu por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70055863096, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 28/05/2014)
(TJ-RS - ACR: 70055863096 RS , Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 28/05/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014)

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO. Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 22 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal. No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério...

(TJ-RS - ACR: 70044569705 RS , Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 20/10/2011, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/10/2011)

Conforme vemos nestas três jurisprudências acima citadas, há uma relação amorosa entre a vítima e o averiguado em que ele não se aproveitou da condição de vulnerável da vítima, manteve relações sexuais com ela com o devido consentimento.

Deste modo, verificamos que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul usou a relativização da vulnerabilidade da vítima, aceitando o recurso impetrado pela defesa.

Além destes entendimentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, O Tribunal de Pernambuco julgou de forma semelhante a apelação:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). AGENTE QUE BEIJOU E ACARICIOU MENINA DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE. INDEFERIMENTO DE JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE ROL TESTEMUNHAL. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ATIPICIDADE DOS FATOS. ABSOLVIÇÃO. PRECEDENTES. APELO PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA. 1. Não há que se falar em nulidade do feito por indeferimento do pedido de juntada extemporânea de rol testemunhal. Inobservância do prazo disposto em lei que acarreta a preclusão do direito da parte de arrolar testemunhas. Preliminar rejeitada. 2. A vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta apenas pelo critério etário, o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ser analisada em cada caso concreto. Demonstrado o consentimento pleno e não viciado da vítima, forçosa a absolvição do recorrente, com escopo na atipicidade da conduta. Precedentes.

(TJ-PE - APL: 3076908 PE , Relator: Marco Antonio Cabral Maggi, Data de Julgamento: 19/02/2014, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/03/2014)

O Tribunal de Justiça de Pernambuco, neste caso, julgou que não se pode encarar a vulnerabilidade da vítima observando o critério etário apenas, assim,

diante do consentimento da vítima, foi o réu absolvido das acusações em segundo grau.

No mesmo sentido o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A E ART. 217-A C/C ART. 13, § 2º, A, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. LEI N. 12.015/2009 QUE ELIMINOU A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. TESE AFASTADA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE CONDUZEM À RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A VÍTIMA E O APELADO. CONCORDÂNCIA DA FAMÍLIA DA MENOR. CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO PARA O ATO SEXUAL EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. "Consoante já explicitado em outras oportunidades, a relativização da vulnerabilidade de vítima menor de 14 (quatorze) anos deve ser reconhecida somente em casos excepcionais, quando efetivamente demonstrado nos autos que a pessoa apontada como vítima não se mostra 'incapacitada' para externar um consentimento pleno, de forma racional e segura, acerca de questão de cunho sexual. In casu, observa-se que a suposta vítima, que contava com 13 (treze) anos e 10 (dez) meses na época dos fatos, apesar da tenra idade, tinha pleno conhecimento e consciência dos atos praticados, razão porque aceita-se conceber, repisa-se, no caso concreto, o seu consentimento em manter relações sexuais com o acusado". (Apelação Criminal n. , de Itajaí, rel. Des. José Everaldo Silva, Primeira Câmara Criminal, j. em 4-6-2013). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJ-SC - APR: 20120805531 SC 2012.080553-1 (Acórdão), Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 15/07/2013, Primeira Câmara Criminal Julgado)

Diante deste entendimento, verifica-se que além do consentimento da vítima, o relacionamento do réu e dela era autorizado pelos pais dela, além disso, a vítima não se mostrava incapacitada para autorizar o ato.

De acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Estupro de vulnerável Conjunto probatório que não comprova violência ou grave ameaça Violência presumida Não caracterização Relativização Possibilidade diante das peculiaridades da causa - Consentimento da ofendida que demonstrou possuir discernimento do ato praticado, circunstância comprovada pela declaração da própria vítima e pela prova testemunhal Tipo penal não configurado Absolição mantida Admissibilidade Recurso Ministerial improvido.

(TJ-SP - APL: 00011271620128260369 SP 0001127-16.2012.8.26.0369, Relator: Pedro Menin, Data de Julgamento: 17/09/2013, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 19/09/2013)

Diversas são as decisões que corroboram com tal posicionamento de se relativizar a vulnerabilidade para que não seja condenado por estupro de vulnerável aquele que manteve relações sexuais com menores de 14 (quatorze) anos, com a devida anuência da vítima.

Além dos Tribunais de Justiça a cima citados, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou da mesma maneira, vejamos:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.496.784 - SC (2014/0305562-2) RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA RECORRIDO : G F DA C ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE KÖEHLER E OUTRO (S) PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E ADEQUAÇÃO SOCIAL. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS FUNDAMENTOS.SÚMULA 283/STF. 1. Não merece seguimento recurso especial cujo eventual provimento está condicionado ao revolvimento do quadro fático definido pelas instâncias ordinárias. 2. Da mesma forma não há como prosperar o exame de recurso especial que deixa de enfrentar todos os argumentos presentes na decisão impugnada. 3. Recurso especial a que se nega seguimento. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local proferido na Apelação Criminal n. 2013.091004-8 (fls. 238/253): APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO PARQUET. POSTULADA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO. IMPROVIMENTO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONJUNÇÃO CARNAL CONSENTIDA ENTRE NAMORADOS. RELACIONAMENTO PÚBLICO QUE VINHA SENDO MANTIDO ENTRE OS ENVOLVIDOS HÁ MESES. ANUÊNCIA DOS GENITORES ACERCA DO NAMORO. CONVERSÃO DA RELAÇÃO EM UNIÃO ESTÁVEL, COM PROLE COMUM. EXCEPCIONALIDADES DO CASO QUE PERMITEM A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. DOSIMETRIA. PLEITOS PREJUDICADOS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. No presente recurso (fls. 257/266), alega-se, em síntese, negativa de vigência ao art. 217-A do Código Penal, sob o fundamento de que não se pode relativizar a presunção de violência em casos de estupro cuja vítima é menor de 14 anos. Oferecidas contrarrazões (fls. 282/288), o recurso foi admitido na origem (fls. 290/291). O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso (fls. 303/308). É o relatório. O recorrido foi absolvido, em primeira instância, da acusação de prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal. Para tanto, o Juízo sentenciante afirmou que, embora a ocorrência de conjunção carnal entre a vítima e o acusado seja fato incontroverso nestes autos, a conduta praticada carece de ofensividade, razão pela qual não há que se falar em tipicidade da conduta, muito embora, formalmente, a conduta se subsuma ao tipo penal descrito no art. 217-A do Código Penal (fl. 182). Em segunda instância, a absolvição foi mantida, com os seguintes fundamentos (fls. 247/251 grifo nosso): [...] Dessarte, em regra, é absoluta a presunção de violência nos casos de estupro de vulnerável, prescindindo da vontade da vítima para o fim de examinar-se a tipicidade penal. Nada obstante, considerando as significativas modificações sociais e culturais que ocorrerem nos dias atuais, nem sempre é prudente sustentar o caráter absoluto da presunção de

vulnerabilidade em condutas dessa natureza, sendo fundamental avaliar as circunstâncias do caso concreto, em especial na esfera penal, quando se lida com o direito de ir e vir, a fim de evitar decisões injustas ou de graves consequências para o jurisdicionado. [...] Frente a estas circunstâncias, por ser evidente que se trata de um caso peculiar e de singular excepcionalidade, imperiosa é a relativização da vulnerabilidade da Vítima, ou melhor, necessário é entender que o bem protegido pelo comando legal, a dignidade da Vítima, não foi lesionado, determinando a manutenção da sentença absolutória proferida em favor do Recorrido. [...] O que se afigura na espécie não é um caso típico de subjugação da suposta Vítima em razão da sua idade e inexperiência, mas situação em que o Acusado e a Adolescente já vinha mantendo livre e consentidamente vínculo amoroso, o qual era público, com duração aproximada de 7 meses, com anuência dos Pais da menor, sem qualquer tipo de contraprestação pelo ato sexual, seja em dinheiro, bens ou favores, a qual nenhum momento, demonstrou ter sido ludibriada pelo namorado, muito embora a diferença de idade entre ambos seja significativa, expressando o desejo de não processar G. F. da S. porquanto, além de tudo, vivem em união estável e possuem prole em comum. [...] E colacionou, ainda, o Desembargador Sérgio Rizelo precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no qual, em situação semelhante, se ressaltou que, ao se acolher o pedido do órgão acusador, provavelmente estaria a Justiça ajudando na desestruturação da família já constituída, fazendo recair, inclusive, sobre o acusado a pecha de esturador (fl. 253). A pretensão recursal, então, direciona-se à condenação do recorrido, afirmando-se que o menor de 14 anos não pode validamente consentir ante o desconhecimento dos atos sexuais e suas consequências (fl. 263). Não vejo como conhecer do presente recurso. Isto porque, como relatado mais acima, a decisão recorrida considerou um quadro fático em que ficou claro que o bem protegido dignidade da vítima não foi lesionado. Disse não só que a relação entre o acusado e a pretensa vítima foi consensual como também que dessa relação resultou uma família hoje devidamente constituída e estabilizada e que a procedência da acusação apenas contribuiria para que esta se desestruturasse. Alterar tal contexto fático para propiciar eventual condenação exigirá deste Tribunal um exame dos fatos, o que é inviável na via estreita do especial. Além do mais, não podemos desconsiderar que o acórdão impugnado também usou como razão de decidir, como já antecipado mais acima, a preocupação em se manter a família hoje constituída, fundamento este não impugnado pelo recurso ora analisado. Assim, o presente recurso não merece ser conhecido, tanto em razão da incidência da Súmula 7/STJ, como da Súmula 283/STF, devendo ter o seu seguimento negado. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial. Publique-se. Brasília, 03 de junho de 2015. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator (STJ , Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR).

Como visto acima, mesmo a doutrina acreditando não haver a relativização da vulnerabilidade, a maior parte da jurisprudência acredita ser possível essa relativização, bem como o uso na prática, relativizando os casos em que há o consentimento da vítima, não havendo qualquer violência ou grave ameaça.

5.2 Da Não Relativização Da Vulnerabilidade

Conforme já vimos, a jurisprudência tem entendido pela relativização dessa vulnerabilidade, ocorre que ela não é pacífica, existem ainda divergências quanto a essa relativização.

O Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do que já julgou anteriormente, publicou seu entendimento do dia 27 de agosto do corrente ano pela não relativização no crime de estupro, conforme segundo anexo deste trabalho.

Este entendimento veio com o julgamento de um caso em que a vítima, menor de 14 (quatorze) anos, se envolveu com um jovem maior de idade, mantendo relações sexuais. O rapaz foi condenado a pena de 12 (doze) anos, em regime inicial fechado. Segundo este entendimento, ainda, a Lei nº 12.015/09 já teria acabado com a presunção de vulnerabilidade que havia anteriormente a essa lei, e assim, não podendo mais ser relativizada já que a redação do artigo 217-A do Código Penal apenas dispõe quanto a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu, neste caso, pela não relativização da vulnerabilidade, mesmo com o consentimento da vítima, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E MINISTERIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO. Não há de se perquirir acerca do consentimento ou relativização da presunção de violência quando o acusado tem conhecimento da idade da ofendida. Regra no sentido de que o menor de quatorze anos não é capaz de consentir com o ato sexual (innocentia consilii). A relativização da presunção de violência em crimes sexuais encontra espaço em situações excepcionais, quando o acusado desconhece a idade da vítima e as suas características...

(TJ-RS - ACR: 70044293108 RS , Relator: João Batista Marques Tovo, Data de Julgamento: 24/11/2011, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/12/2011)

Assim, verificamos que, por mais que haja o entendimento pela relativização dessa vulnerabilidade da vítima, há ainda alguns tribunais que não aceitam. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sua sexta Câmara, entendeu pela não relativização, diferentemente dos entendimentos anteriores do mesmo estado.

Desta forma, verificamos que, por mais que a maioria dos Tribunais julguem de acordo com o caso em concreto, analisando o devido consentimento da

vítima e as circunstâncias em que se deram o estupro, ainda há divergências quanto a este assunto.

O Superior Tribunal de Justiça, como já analisado no tópico 5.1 deste trabalho, negou provimento do recurso da acusação, que queria a condenação do agente que praticou o “estupro de vulnerável” com menor de idade, julgamento de junho de 2015, posicionamento anterior ao entendimento já publicado do mesmo Tribunal, publicado em agosto deste mesmo ano, que veio de modo a pacificar entendimento do Superior Tribunal de Justiça graças ao grande número de recursos a ele.

Estamos diante uma divergência, dentro de um mesmo Tribunal, o que dificulta ainda mais pensar em uma solução viável para o problema.

6 CONCLUSÃO

Como vimos no seguinte trabalho de conclusão de curso, o crime de estupro é um delito que em si não mudou, o que mudou foi a forma como passou a ser tratado e suas penas. Ele foi mudando de acordo com a evolução da sociedade de maneira que antes, a mulher era tida apenas como objeto, aquela que servia apenas para cuidar da casa, reproduzir, cuidar de seus filhos e para a satisfação do homem e com a Igreja ficando cada vez mais forte, veio a ideia de que a abstinência era necessária, mudando então a visão do sexo em relação às pessoas.

Através destas mudanças da sociedade é que o estupro foi visto como algo errado e que deveria ter pena capital, mas este estupro ocorria apenas em alguns casos, não dependendo do agente ativo e sim da vítima, sendo que o crime era configurado apenas se a mulher fosse virgem e em alguns casos se ainda morasse na casa de seu pai.

O código de 1940 ainda trouxe esse conceito de que dependeria apenas da vítima para a configuração do delito, mudando com a Lei nº 11.106 de 2005 e posteriormente com a Lei nº 12.015 de 2009 que mesmo trazendo falhas conseguiu de certa forma regulamentar o delito de forma que qualquer pessoa poderá ser vítima, não havendo distinção se a mulher é virgem ou se é até prostituta, considerando que se foi forçado por violência ou ameaça, será caracterizado este delito, podendo ocorrer também o homem ser vítima, o que antes parecia ser impossível.

O trabalho também demonstra que o crime de estupro é um crime reprovável e de grande gravidade, ocorre que em alguns casos, em que não há a violência, como quando o agente se envolve com alguém menor de idade e com ela acaba mantendo relações sexuais, mas não apenas se aproveitando da sua imaturidade, mas sim por manter um relacionamento, não tem proporção para ser caracterizado como estupro e desta maneira, considerado em seus efeitos como crime hediondo.

Assim, este artigo tem a finalidade, não de defender que este delito de estupro não seja desprezível e extremamente reprovável, mas sim de que deve ser levado em consideração o caso em concreto, analisando caso a caso verificando atitudes das vítimas e dos agentes.

Nos dias de hoje temos grande dificuldade em saber se podemos ou não relativizar a vulnerabilidade no caso de estupro de vulnerável.

Não sabemos ao certo se seria correto ou até constitucional relativizar essa vulnerabilidade já que o tipo penal apenas especifica ter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, não deixando claro se há a possibilidade.

Assim, foi objeto deste trabalho de conclusão de curso analisar os entendimentos, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais dos conflitos e diante disso, verificar se essa relativização pode ocorrer. Este trabalho veio tentar apresentar soluções para este problema, tendo em vista o grande número de ações que são movimentadas todos os dias a cerca deste assunto.

Como já vimos, alguns doutrinadores não acreditam nessa relativização, acreditando que como o tipo penal não especificou, não há o que se falar, por outro lado, a jurisprudência tem mostrado o contrário, ditando que com o devido consentimento da vítima, não tem o que se falar na condenação do sujeito passivo que através da permissão manteve a conjunção carnal ou o ato libidinoso com a vítima.

Assim, diante do exposto, mostra-se necessária a análise do caso em concreto para se averiguar se a então vítima, autorizou a conjunção ou o ato libidinoso, dando seu expresso consentimento e, demonstrando através de laudos periciais que a vítima sabia o que estava fazendo, desta forma, relativizando a vulnerabilidade.

Estando assim comprovado, não poderíamos falar em estupro de vulnerável, tendo em vista que a vítima concedeu o ato.

Não seria justo ou correto levar uma pessoa à cumprir penas extremas (levando em conta que este delito é hediondo) e ser conhecido como estuprador, ficando marcado pelo resto da vida, podendo, inclusive, sofrer torturas no local de sua prisão, tendo realizado tal ato com plena concordância da vítima do ato.

Assim, uma solução justa para este caso, seria analisar o caso em concreto e chegando ao entendimento do consentimento da vítima, e comprovação por laudos ou depoimentos de que tinha plena consciência do que estava fazendo, relativizar a vulnerabilidade, absolvendo o réu da prática deste delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, São Paulo, Saraiva, vol. 1, 17ª edição., 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, São Paulo, Saraiva, vol. 4, 7.ª ed., 2013.

BRASIL, **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. 6ª Edição Vade Mecum, Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL, **Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009**. Brasília, DF.

BRASIL, **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990**. Brasília, DF.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL : REsp 1453155. RECURSO ESPECIAL Nº 1.453.155 - SC (2014/0106193-0) RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA RECORRIDO. (STJ - REsp: 1453155 SC 2014/0106193-0, Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Publicação: DJ 27/02/2015). Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178384273/recurso-especial-resp-1453155-sc-2014-0106193-0>. Acesso em: 13 de outubro de 2015.

BRUNDAGE, James A. **La ley, el sexo, y la sociedade Cristiana em la Europa medieval**. Carretera Picacho-Ajusco, 2000.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência Sexual Presumida**, 1ª Ed. Editora Jaruá, 2004.

_____. **Código de Hamurabi** [s.l.]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**, 2010. Editora Saraiva.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Danielli Xavier. **Estupro de vulneráveis. Uma reflexão sobre a efetividade da norma penal à luz da presunção de vulnerabilidade**, 2014.

Disponível em:

<<http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/144316170/estupro-de-vulneraveis-uma-reflexao-sobre-a-efetividade-da-norma-penal-a-luz-da-presuncao-de-vulnerabilidade>>. Acesso em 11/10/2015

HUNGRIA, Nelson, LACERDA, Romão Cortes de. **Comentários ao Código Penal: decreto lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**, Editora Atlas S.A., 1996.

LEITE, Gisele. **Comentários sobre os crimes contra os costumes**, 2007.

Disponível em: < <http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=426940>>. Acesso em: 13 de outubro de 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. 1023p.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **O estupro e suas particularidades na legislação atual**, 2013. Disponível em:

<<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942479/o-estupro-e-suas-particularidades-na-legislacao-atual>>. Acesso em 13 de outubro de 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N..**Manual de Direito Penal**. 28ª edição. Editora Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade Sexual**. 3.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça. **Apelação**: APL 3076908 PE. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). AGENTE QUE BEIJOU E ACARICIOU MENINA DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE. INDEFERIMENTO DE JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE ROL TESTEMUNHAL. ALEGADO

CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ATIPICIDADE DOS FATOS. ABSOLVIÇÃO. PRECEDENTES. APELO PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA. (TJ-PE - APL: 3076908 PE , Relator: Marco Antonio Cabral Maggi, Data de Julgamento: 19/02/2014, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/03/2014). Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159620364/apelacao-apl-3076908-pe>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

_____. **Ordenações afonsinas.** Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l5ind.htm>. Acesso em 13 de outubro de 2015.

_____. **Ordenações manuelinas.** Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5ind.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

_____. **Ordenações filipinas.** Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

RASSI, João Daniel. **A vulnerabilidade sexual do menor.** Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim IBCCRIM – Ano 20 – nº 235 – junho – 2012

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Embargos infringentes e de nulidade.** EI 70057504359 RS, EMBARGOS INFRINGENTES. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. (TJ-RS - EI: 70057504359 RS , Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 28/03/2014, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2014) Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118761984/embargos-infringentes-e-de-nulidade-ei-70057504359-rs>. Acesso em: 11 do outubro de 2015.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Crime:** ACR 70055863096 RS, APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO. (TJ-RS - ACR: 70055863096 RS , Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 28/05/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014) Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126884657/apelacao-crime-acr-70055863096-rs>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Crime:** ACR 70044569705 RS, APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO. (TJ-RS - ACR: 70044569705 RS , Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 20/10/2011, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/10/2011). Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20749214/apelacao-crime-acr-70044569705-rs-tjrs>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Crime:** ACR 70044293108 RS. APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E MINISTERIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO. (TJ-RS - ACR: 70044293108 RS , Relator: João Batista Marques Tovo, Data de Julgamento: 24/11/2011, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/12/2011). Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20938968/apelacao-crime-acr-70044293108-rs-tjrs>>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal:** APR 20120805531 SC 2012.080553-1. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A E ART. 217-A C/C ART. 13, § 2º, A, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. LEI N. 12.015/2009 QUE ELIMINOU A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. TESE AFASTADA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE CONDUZEM À RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A VÍTIMA E O APELADO. CONCORDÂNCIA DA FAMÍLIA DA MENOR. CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO PARA O ATO SEXUAL EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. (TJ-SC - APR: 20120805531 SC 2012.080553-1 (Acórdão), Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 15/07/2013, Primeira Câmara Criminal Julgado). Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24046072/apelacao-criminal-apr-20120805531-sc-2012080553-1-acordao-tjsc>. Acesso em: 11 de outubro de 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Apelação:** APL 00011271620128260369 SP. TJ-SP - APL: 00011271620128260369 SP 0001127-16.2012.8.26.0369, Relator: Pedro Menin, Data de Julgamento: 17/09/2013, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 19/09/2013). Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117743082/apelacao-apl-11271620128260369-sp-0001127-1620128260369>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal 3:** parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

TASSE, Adel El. **A equivocada aplicação da Súmula nº 608 do STF após a Lei nº 12.015/2009**, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26759/a-equivocada-aplicacao-da-sumula-n-608-do-stf-apos-a-lei-n-12-015-2009>>. Acesso em: 14 de outubro de 2015.

VIGARELLO, Georges. **História do Estupro**, George Zahar Editor, 1998.

ANEXO 1

Lei de Crimes Hediondos:

Art. 1º São considerados hediondos os crimes de **latrocínio** (art. 157, § 3º, in fine), **extorsão qualificada pela morte**, (art. 158, § 2º), **extorsão mediante sequestro e na forma qualificada** (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), **estupro** (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), **atentado violento ao pudor** (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), **epidemia com resultado morte** (art. 267, § 1º), **envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte** (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de **genocídio** (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

- I- Anistia, graça e indulto;
- II- Fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º Em caso da sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

Art. 4º (Vetado).

Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:

‘Art. 83.

V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins,

e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.”

Art. 6º Os arts. 157, § 3º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213; 214; 223, caput e seu parágrafo único; 267, caput e 270; caput, todos do Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

‘ Art. 157.

§ 1º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de cinco a quinze anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

Art. 159.

Pena – reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º Pena – reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º Pena – reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 3º Pena – reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

Art. 213.

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214.

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

Art. 223.

Pena – reclusão, de oito a doze anos.

Paragrafo único.

Pena – reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

Art. 267.

Pena – reclusão, de dez a quinze anos.

Art. 270.

Pena – reclusão, de dez a quinze anos.

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte paragrafo:

‘Art. 159.

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.’

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitando o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Art. 10. O art. 35 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação:

‘Art. 35.

Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14’

Art. 11. (Vetado).

Art. 12. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Revogam-se as disposições em contrário.(negritei)

ANEXO 2

Parecer do Superior Tribunal de Justiça

Para o STJ, estupro de menor de 14 anos não admite relativização

“Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime..”

A tese foi fixada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento realizado na tarde desta quarta-feira (26) sob o rito dos **recursos repetitivos** (artigo 543-C do Código de Processo Civil), com relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz. A decisão (tema **918**) vai orientar as demais instâncias da Justiça sobre como proceder em casos idênticos, de modo a evitar que recursos que sustentem posições contrárias cheguem ao STJ.

O caso analisado – posterior à reforma de 2009 no Código Penal, que alterou a tipificação do crime de estupro – envolveu namoro entre uma menina, menor de 14 anos, e um jovem adulto. Segundo a defesa, a relação tinha o consentimento da garota e de seus pais, que permitiam, inclusive, que o namorado da filha dormisse na casa da família.

A sentença condenou o rapaz à pena de 12 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, pela prática de estupro de vulnerável (artigo 217-A) em continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal).

Discernimento

Na apelação, entretanto, o réu foi absolvido ao fundamento de que o conceito de vulnerabilidade deveria ser analisado em cada caso, pois não se deveria considerar apenas o critério etário.

O Tribunal de Justiça do Piauí, com apoio nas declarações prestadas pela menor, adotou seu grau de discernimento, o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real como justificativas para descaracterizar o crime.

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs recurso especial no STJ. O ministro Rogério Schietti votou pela reforma do acórdão. Segundo ele, o

entendimento de que o consentimento da vítima é irrelevante já está pacificado na corte e também no Supremo Tribunal Federal (STF).

Dúvida superada

O relator explicou que, com as alterações trazidas pela **Lei 12.015**, o estupro de menor de 14 anos passou a ter tipificação específica no novo artigo 217-A, e já não se fala mais em presunção de violência, mencionada no revogado artigo 224.

Essa alteração legislativa, segundo Schietti, não permite mais nenhuma dúvida quanto à irrelevância de eventual consentimento da vítima, de sua experiência sexual anterior ou da existência de relacionamento amoroso com o agente.

Para o ministro, não cabe ao juiz indagar se a vítima estava preparada e suficientemente madura para decidir sobre sexo, pois o legislador estabeleceu de forma clara a idade de 14 como limite para o livre e pleno discernimento quanto ao início de sua vida sexual.

A modernidade, a evolução dos costumes e o maior acesso à informação, de acordo com Schietti, tampouco valem como argumentos para flexibilizar a vulnerabilidade do menor. Ele disse que a proteção e o cuidado do estado são indispensáveis para que as crianças “vivam plenamente o tempo da meninice” em vez de “antecipar experiências da vida adulta”.