

## **O ESTUDO DA TIPOLOGIA DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE**

Laís CANTIERO CAMPAGNOLO<sup>1</sup>  
Florestan RODRIGO DO PRADO<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho enfoca a problemática existente acerca da presunção de vulnerabilidade e violência com relação ao crime de Estupro de Vulnerável, problemática esta, que persistiu mesmo após a vinda da Lei 12.015 do dia 07 de agosto de 2009 que foi promulgada com o objetivo de estabelecer mudanças no Código Penal a fim de atualiza-lo aos dias atuais e, por fim as discussões doutrinárias e jurisprudenciais em relação à presunção de vulnerabilidade e violência no Estupro de Vulnerável.

**Palavras-chave:** Presunção. Vulnerabilidade. Violência. Estupro. Vulnerável.

### **1 INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa enfocou, de forma geral, a discussão de assuntos referentes à parte tipológica do crime de Estupro de Vulnerável presente no artigo 217-A do Código Penal, fazendo importantes apontamentos aos elementos do tipo, e também as modalidades de sujeitos passivos do delito, bem como as mudanças legislativas.

De forma mais específica foi discutida a chegada da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, que trouxe várias mudanças, uma delas, a revogação tácita do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos que previa uma causa de aumento ao art. 217-A do CP, além da criação do próprio crime de Estupro de Vulnerável, que passou a ser uma figura autônoma.

---

<sup>1</sup> Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail laiscantiero@hotmail.com.

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito, Medicina Legal e Prática Jurídica Penal do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- UENP; especialista em Direito pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo-ESMP/SP; Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente-ITE/SP; advogado público da Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel-FUNAP/SP, orientador do trabalho.

Maior atenção foi dada a expressão “vulnerabilidade”, ao seu real significado e a discussão existente em torno de sua presunção no referido delito. Expressão essa que fomentava divergências doutrinárias e jurisprudenciais antes da chegada da Lei 12.015, em razão desta presunção ser ou não ser absoluta. Divergências que não foram abastadas pela nova Lei.

A metodologia usada foi, principalmente a pesquisa doutrinária e, secundariamente a internet, e as discussões foram relatadas com base nas duas posições existentes sobre o tema, bem como as problemáticas que ocorreram após a criação do tipo autônomo do Estupro de Vulnerável, o que interfere de maneira direta na sociedade, já que a adoção de uma ou outra corrente pode levar a condenação de um inocente ou a impunidade de um culpado.

## **2 CONCEITO**

O conceito do crime de estupro de vulnerável se desdobra de forma clara no artigo 217-A do Código Penal que aduz:

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Em todas as hipóteses a vítima desse crime é a pessoa vulnerável, a que se entender, aquela que necessita de maior proteção em vista da sua condição

de vulnerabilidade, ou seja, a pessoa descrita pelo tipo penal é mais indefesa e frágil, passível de ser prejudicada com mais facilidade.

### **3 HISTÓRICO**

No período escravocrata, o entendimento acerca das relações entre senhores e escravas era que estas se passavam, muitas vezes, em um contexto doméstico, com contatos íntimos forçados. Os filhos dos senhores tinham a sua iniciação da vida sexual com as escravas, já que a virgindade das meninas brancas deveriam ser preservadas para que estas pudessem arrumar bons casamentos e dar muitos herdeiros aos seus maridos, dessa forma, a “diversão” e os prazeres carnavais eram, na maioria das vezes, saciados com as escravas de qualquer idade.

No século XIX havia uma permissividade de que adultos pudessem manter relações sexuais com crianças, principalmente nas famílias mais ricas, o que tornava comum o casamento entre senhores já de avançada idade e jovens meninas de dez a doze anos, que eram tratadas como barganha por seus pais em relação a senhores ricos.

No Brasil a Ordenação Filipina e o Código Criminal do Império de 1.830 não tipificavam o crime de Estupro contra menores de 14 anos, e da mesma forma não traziam agravantes para crimes praticados nessas circunstâncias. Já no Código de 1.890 havia a previsão nos casos de crimes contra menores de 16 anos.

Apenas no Código penal de 1940 que foi trazida a presunção de violência para o Estupro praticado contra menores de 14 anos embasado em uma nova concepção de infância, inspirando uma maior responsabilidade em relação àquele que se encontra em desenvolvimento.

Após o Código penal, foi a vez de a Constituição Federal reforçar a nova concepção de maior proteção as crianças e adolescentes, colocando seus direitos em patamar absoluto de prioridade quando o art. 227 entrou em vigência. Logo após o Estatuto da Criança e do Adolescente tipificou, em seus artigos 241, 244-A e 250 as condutas referentes à exploração de menores.

## **4 VALOR PROTEGIDO**

Ao instituir determinado tipo penal o objetivo do legislador foi proteger a dignidade sexual dos vulneráveis, que, por sua condição de fragilidade, não teriam a força, o discernimento, e no caso dos menores de 14 anos muitas vezes a maturidade, de se defender contra um ataque de ordem sexual. Nas palavras de Renato Marcão e Plínio Gentil (página 187):

Tutela-se, de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável, e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual [...].

Mais do que justa se faz a proteção para aqueles elencados no rol do artigo 217-A, disso não há dúvida, desde que, é claro, a elementar do tipo se faça presente, qual seja, a vulnerabilidade, expressão usada para definir o objeto de tutela do legislador nesses casos. Trata-se de um elemento de extrema importância, já que na sua falta, registra-se a atipicidade do fato, o que será, logo à frente, discutido de forma mais detalhada.

## **5 SUJEITOS DO DELITO**

Com relação ao sujeito ativo do delito, o estupro de vulnerável é um crime comum, significa que pode ser praticado por qualquer pessoa, seja ela homem ou mulher.

Como sujeito passivo temos aqueles elencados no artigo 217-A, quais sejam:

O menor de 14 anos seja homem ou mulher. No entanto, caso o crime ocorra exatamente na data em que o indivíduo completa 14 anos, não se encaixará mais no tipo do artigo 217-A, já que não será menor de 14 anos, condição para configurar o crime em questão, mas neste caso poderá ser estupro (artigo 213 do Código Penal), desde que os requisitos para a configuração deste esteja, presentes.

Agora, se a vítima tem 14 anos completos ou mais, havendo consentimento, seu “sim” é válido, desde que não tenha violência, ameaça, fraude ou lenocínio, caracterizado pela exploração ou comercialização do sexo.

O enfermo ou deficiente mental que não tem o discernimento necessário para a prática do ato. Note que há dois requisitos cumulativos, pois além de ser enfermo ou deficiente mental, o sujeito não pode ter o discernimento para entender e consentir com ele a prática de relação sexual ou qualquer outro ato libidinoso. O antigo dispositivo falava que o agente deveria ter consciência de que a vítima tinha deficiência ou enfermidade mental, e hoje ainda predomina o entendimento de que o agente deve saber que a vítima é doente, neste caso, então, cabe o dolo eventual.

A pessoa que não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Quando o Código fala “qualquer outra causa” ele se refere a situações diversas das elencadas logo acima, como é o caso da pessoa tetraplégica, onde o consenso torna o fato atípico, se não o legislador estaria restringindo a sua liberdade sexual. Aqui a vítima tem a sua capacidade totalmente anulada, as incapacidades podem ser momentâneas ou duradouras, o que importa para a tipificação é que no momento da relação sexual ou do ato libidinoso a vítima não possa oferecer resistência.

## **6 ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO**

Quando se fala em elementos objetivos do tipo, deve-se analisar os pressupostos que a Lei deixou para a configuração do delito. Aqui a violência ou a grave ameaça não são necessárias para que o fato seja típico, porém se o agente, ao praticar o ato, empregar alguma dessas modalidades, isso influenciará na aplicação da pena (artigo 59 do Código Penal).

O objeto material do crime é o menor de 14 anos, e é um crime de forma livre, ou seja, pode ser praticado através de qualquer meio executório, como, por exemplo, a fraude.

De forma inteligente o legislador substituiu o verbo “constranger” da antiga redação pelo verbo “ter”, já que constranger incita a ideia de forçar, obrigar, o que não ocorre neste crime.

Ademais, a nova redação da Lei não extinguiu a discussão acerca da vulnerabilidade que fomenta tantos desacordos. A interpretação do dispositivo ainda gera discussões entre os doutrinadores já que a expressão “violência presumida”, que foi retirada, ainda se faz presente no âmago do texto.

Para alguns doutrinadores a presunção de violência é absoluta, ou seja, eles sustentam que o legislador tentou de afastar da violência presumida para se apegar a um bem jurídico muito mais com um cunho moral, dessa forma, ainda que haja o consentimento da vítima com relação ao ato a ser praticado, ele não será válido.

## **7 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA**

Aqui se apresenta a mesma problemática existente no tipo penal do crime de Estupro (art. 213-CP), pois, por exemplo, até um agente conseguir a cópula vaginal ele já exerceu atos libidinosos. A jurisprudência fala que esses atos libidinosos são uma progressividade criminosa, um prelúdio do coito, então só se consuma quando o agente conseguir executar o coito, mas para isso, tem que ficar comprovado que a finalidade do agente era o ato sexual propriamente dito.

Dessa forma, se o agente praticou atos libidinosos, mas com a finalidade de conjunção carnal, e foi interrompido antes desta, ocorreu a tentativa. Agora, se a finalidade do sujeito era apenas a prática de atos libidinosos, então há o crime consumado.

A tentativa é plenamente possível, quando, por exemplo, o agente tenta, mas não consegue praticar atos libidinosos ou ter relações sexuais nem de forma incompleta, por circunstâncias alheias a sua vontade, como é o caso da vítima que consegue fugir do indivíduo.

## **8 CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ARTIGO 9 DA LEI 8.072 DE 1990**

O artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, de 25 de julho de 1990, traz uma causa de aumento de pena, com o objetivo de agravar ainda mais a situação do agente que pratica o crime previsto no art. 217-A do CP estando a vítima em determinadas circunstâncias. Aduz o artigo da Lei 8.072 que:

Art. 9º as penas fixadas no art.6º para os crimes capitulados nos arts. 157, §3º, 158, 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.

Ocorre que, com o advento da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 o artigo 224 do Código Penal, que vinculava totalmente a aplicação do artigo 9º da Lei 8.072/90, foi revogado, revogando também, de forma tácita, o artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos.

Assim, a aplicabilidade do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos caiu por terra já que, mesmo com o fato de o legislador não ter revogado o referido artigo de forma expressa, não há dúvidas quanto a sua revogação tácita.

## **9 FORMAS QUALIFICADAS E HEDIONEDEZ**

As formas qualificadas se encontram nos parágrafos 3º e 4º do artigo 217- A, que falam que se da conduta do agente resultar lesão corporal de natureza grave a pena será a de reclusão de 10 a 20 anos, e a outra hipótese é aquela em que da conduta do agente resulta a morte da vítima, neste caso a pena será a de reclusão de 12 a 30 anos.

As referidas figuras qualificadas tem natureza preterdolosa, dessa forma, para que a conduta se enquadre no tipo penal, é necessário que o resultado lesão grave ou morte seja proveniente de culpa por parte do agente, ao contrário, se ficar comprovado que o agente tinha dolo de praticar dois crimes diversos (estupro

de vulnerável e lesão corporal grave ou estupro de vulnerável e homicídio), neste caso ele responderá em concurso material pelos dois crimes.

Agora, nos casos em que do estupro resulta lesão corporal leve vai haver concurso formal entre o estupro de vulnerável e o crime presente o artigo 129 do Código Penal. Nas palavras de André estefam (página 68), “[...] A modalidade de crime sexual em estudo não contém violência como elementar, de modo que não se pode falar em sua absorção pela figura típica do art. 217- A.”

Olhando para o tipo penal está mais do que certo o pensamento do referido autor, já que não podemos acrescentar uma elementar do tipo onde o legislador não colocou.

Além do mais, trata-se de modalidade de crime hediondo já que está inserido no artigo 1º inciso VI da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), em razão da gravidade do delito, e de tal repulsa e comoção que tal ato pode gerar para a vítima e também para a sociedade, nada mais justo então, que o crime seja apenado de forma mais severa, justamente para coibir a prática e reiteração do ato.

## **10 PENA E AÇÃO PENAL**

O Estupro de Vulnerável tem pena de reclusão de oito a quinze anos na forma do caput e parágrafo 1º do artigo 217-A, nos casos em que da conduta resulta lesão corporal de natureza grave a pena é de reclusão de dez a vinte anos, e ainda, em caso de resultado morte a reclusão é agravada e passa a ser de doze a trinta anos de prisão.

A ação é pública incondicionada nos exatos termos do parágrafo único do artigo 225 do Código Penal, em razão do fato de a vítima ser menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável. Também será pública incondicionada nos casos em que da conduta do autor resultar lesão grave ou morte, com fulcro no artigo 101 do Código Penal.

Todos os meios de prova lícitos são admitidos. A palavra da vítima é elemento de extrema importância, porém é uma prova que deve ser colhida usando de toda cautela possível, uma vez que, em se tratando de vítima que já tem sua vida sexual iniciada é possível que o ato sexual ou libidinoso tenha ocorrido por sua

própria vontade, ou seja, que o induzimento não tenha sido proveniente do sujeito ativo.

## **11 ALTERAÇÃO LEGISLATIVA COM A VIGÊNCIA DA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009**

Antes da chegada da Lei 12.015 havia a previsão de dois delitos: o Estupro, previsto no art. 213-CP e o Atentado Violento ao Pudor, presente no art. 214-CP, porém, quando algum desses delitos era praticado em face do menor de 14 anos, “pessoas alienadas” ou “débeis mentais”, ou ainda por aqueles que, por qualquer outro motivo, não pudesse oferecer resistência, se falava na polemica presunção de violência, caso em que, mesmo que o ato não houvesse sido praticado com o emprego de violência, esta se presumia em razão da idade da vítima, o que causava muitos conflitos. Falava assim o antigo dispositivo do Código Penal:

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 veio justamente dirimir algumas dúvidas e acabar com as discussões acerca da presunção de violência que pairava sobre o art. 224-CP, e trouxe, assim, o atual art. 217-A-CP que revogou o art. 224 e trouxe um tipo autônomo, o chamado Estupro de Vulnerável.

Com a mudança, passou a não constar mais no tipo penal o elemento “constranger”, eliminando, em um primeiro momento, as discussões acerca da necessidade do dissenso do vulnerável para a configuração do crime aqui relatado, já que agora a presunção é absoluta, ou seja, para a configuração do crime, independe da opinião no menor de 14 anos, já que, para todos os efeitos, trata-se de pessoa vulnerável, protegida pela Lei a todo custo.

Porém, ao contrario do que pensávamos a discussão não se findou. Surgiu uma segunda corrente acerca da presunção de violência, aduzindo que, nos

casos, por exemplo, em que houvesse consentimento do menor para o ato sexual, não se podia falar em estupro, visto que, nas circunstâncias atuais de evolução em que a humanidade se encontra, não é certa mais a alegação de que todos os menores de 14 anos são inocentes, não sendo inocentes, também não são vulneráveis e, não sendo vulneráveis não se faz mais presente uma elementar do tipo penal, o que torna o ato atípico.

É claro que tal posição não se aplica de forma generalizada, devendo assim, em cada caso concreto, ser verificada a presença da vulnerabilidade para a caracterização do crime. Nas palavras de Alessandra O. P. Greco e João Daniel Rassi (página 103):

A elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto [...]. No entanto. Em se tratando de menor de 12 anos, mantém a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo a tipicidade.

As opiniões são diversas, nas palavras da doutrinadora Alessandra, por exemplo, a presunção relativa se aplicaria apenas para jovens entre 12 e 14 anos, ou seja, aos menores de 12 a presunção seria absoluta, o que, aliás, parece ser o certo, já que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê em seu art. 2º que criança é aquela que possui até 12 anos incompletos.

Neste diapasão, não há porque o Código Penal estender a tipicidade do ato aos indivíduos entre 12 e 14 anos, visto que já não são mais crianças segundo a Lei especial supracitada. O que não significa que ficam sem proteção, apenas que a presunção quanto a sua vulnerabilidade é relativa.

A opinião dos doutrinadores vem justamente reforçar a ideia de que o Código não está adequado aos dias em que vivemos, a mentalidade das crianças e adolescentes de hoje não é mais da mesma forma que era antes, passam hoje, a ser tão precoces e espertas quanto a de um adulto formado, devendo, o caso concreto, serem tratadas como tal.

## **12 SEGREDO DE JUSTIÇA**

Os crimes que atentam contra a dignidade sexual da pessoa humana, seja o Estupro de Vulnerável ou qualquer outro, são crimes que afrontam, em uma escala muito grande, a intimidade da pessoa, e acabam gerando sentimento de vergonha, mesmo no crime aqui discutido, ainda que o menor ou o vulnerável por outro motivo não possa entender o caráter ilícito da conduta e não sinta vergonha ou medo, sua família sentirá por ele.

Em razão disso é que os processos ocorrerão em segredo de justiça, o que será imposto também aos feitos em andamento, justamente por ser um crime que causa vergonha tanto para a vítima (quando esta entende que sua liberdade de autodeterminação sexual foi violada) quanto para a sua família, então para que sua dignidade e intimidade sejam preservadas é que o processo será feito em segredo.

## **CONCLUSÃO**

A vista do que foi exposto, é mister algumas considerações finais acerca do que foi relatado ao longo deste artigo, além da explicação de toda a parte tipológica do crime de Estupro de Vulnerável, o que foi essencial para a discussão, mais tardia, em relação as problemáticas da expressão “vulnerabilidade”.

Não há dúvidas que a chegada e vigência da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 foram de extrema importância para o Código Penal brasileiro, já que veio readequar alguns conceitos e pensamentos, hora ultrapassados, e tentar dirimir algumas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Discussões essas em relação à antiga presunção de violência, agora chamada de presunção de vulnerabilidade, no crime de Estupro de Vulnerável.

Porém, a chegada da lei ainda não foi suficiente para acabar com todas as divergências existentes, longe disso, as discussões entre doutrinadores e juízes de direito em relação à presunção de vulnerabilidade pende para os dois lados.

Ao longo de tudo o que foi falado, a aplicabilidade do entendimento, por hora, minoritário, parece ser a melhor opção para acabar com todas as discussões, e não apenas isso, mas a melhor no sentido de adequação, ou seja, não podemos falar que a mentalidade das crianças e adolescentes de hoje é a mesma

de 40 anos atrás, o mundo evoluiu e com ele as pessoas que o habitam, a Lei deve seguir essa evolução, para que não se tornem apenas palavras sem aplicabilidade.

Falamos então, de adequação legislativa. Dessa forma, não cabe mais falar em presunção absoluta de vulnerabilidade, já que não é certo dizer, de forma generalizada, que todas as crianças e adolescentes menores de 14 anos são vulneráveis a ponto de seu próprio consentimento não ser dotado de nenhuma validade.

## **BIBLIOGRAFIA**

BARROS. Flávio Monteiro de. **Crimes contra a dignidade sexual**. Editora MB.

ESTEFAM. André. **Crimes sexuais, Comentários a Lei 12.015/2009**. Editora Saraiva.

PIERANGELI. José Henrique. SOUZA. Carmo Antônio de. **Crimes sexuais**. Editora Del Rey.

GOMES. Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. Editora Revista dos Tribunais.

GRECO. Alessandra Orcesi Pedro. RASSI. João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. Editora Atlas.

MARCÃO. Renato. GENTIL. Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**. Editora Saraiva.

CASTRO. Leonardo. Legislação comentada- artigo 217-A do CP- Estupro de Vulnerável. Jusbrasil. Presidente Prudente. 2014. Disponível em: <  
<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 02 de abril de 2016.

SILVA. Danielle Martins. O estupro de vulneráveis no Brasil: uma breve análise histórica, legislativa e do discurso jurisprudencial. Compromissoeatitude. Presidente Prudente. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/06/DANIELLEMARTINSSILVA\\_oestuprodevulneraveisnobrasil.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/06/DANIELLEMARTINSSILVA_oestuprodevulneraveisnobrasil.pdf)>. Acesso em: 15 de abril de 2016.