

AJES - FACULDADES DO VALE DO JURUENA

BACHARELADO EM DIREITO

ANDRESA SANTOS DE OLIVEIRA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE
CONFERIDA AOS ADOLESCENTES PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

JUÍNA - MT

2018

AJES - FACULDADES DO VALE DO JURUENA

ANDRESA SANTOS DE OLIVEIRA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE
CONFERIDA AOS ADOLESCENTES PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da AJES - Faculdades do Vale do Juruena, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Mestre Stefan Hanatzki Siglinski.

Juína – MT

2018

AJES – FACULDADES DO VALE DO JURUENA

BACHARELADO EM DIREITO

OLIVEIRA, Andresa Santos de. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE CONFERIDA AOS ADOLESCENTES PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – AJES – Faculdades do Vale do Juruena, Juína-MT, 2018.

Data da defesa:

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Stefan Hanatzki Siglinski

ISE/AJES

Membro Titular: Isabelle Pinto Antonello

ISE/AJES

Membro Titular: Luís Fernando Moraes de Mello

ISE/AJES

Local: Associação Juinense de Ensino Superior

AJES – Faculdades do Vale do Juruena

AJES – Unidade Sede, Juína-MT

DECLARAÇÃO DO AUTOR

Eu, Andresa Santos de Oliveira, portadora da Cédula de Identidade – RG n.º 2570995-0 SSP/MT e inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda – CPF sob n.º 048.701.641-67, DECLARO e AUTORIZO, para fins de pesquisa acadêmica, didática ou técnico-científica, que este Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE CONFERIDA AOS ADOLESCENTES PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA** pode ser parcialmente utilizado, desde que se faça referência à fonte e a autora.

Autorizo, ainda, a sua publicação pela AJES, ou por quem dela receber a delegação, desde que também seja feita referência à fonte e a autora.

Juína-MT, de 2018.

ANDRESA SANTOS DE OLIVEIRA

Dedico esse trabalho a Deus por ter me guiado e me
dado essa oportunidade única.

A todos os meus familiares, em especial ao meu
falecido pai Sebastião Silva de Oliveira e a minha
irmã Adriana Silva dos Santos.

E as demais pessoas que eu amo e que me apoiaram,
principalmente ao meu companheiro Nelson Santana
e a minha amiga Elzane Sousa Dias, por terem me
apoiado durante esses cinco anos de faculdade e me
incentivado a não desistir desse sonho, que é a
conclusão do curso superior.

AGRADECIMENTOS

Nessa caminhada agradeço a Deus por tudo que Ele tem me oportunizado até hoje, pois tenho certeza que sem sua graça eu não teria chegado até aqui.

À diretora de ensino Alcione Adame por ter me incentivado no momento em que pensei em desistir.

Aos meus examinadores professores Isabelle Pinto Antonello e Luís Fernando Moraes de Mello que aceitaram estar presente nesse momento tão especial da minha vida.

E ao meu orientador mestre Stefan Hanatzki Siglinski agradeço pelos ensinamentos, paciência e incentivo.

Não há melhor maneira de exercitar a imaginação do
que estudar direito. Nenhum poeta jamais
interpretou a natureza com tanta liberdade quanto
um jurista interpreta a verdade.

Jean Giraudox

[...] Pode-se induzir o povo a seguir uma causa, mas
não a compreendê-la.

Confúcio

RESUMO

A luz dos princípios da humanidade, da intervenção mínima, da insignificância, da proporcionalidade e da igualdade, o presente estudo teve por objetivo fazer uma análise crítica a respeito do critério etário previsto no art. 217-A do Código Penal, em especial nos casos em que não houve violência ou grave ameaça, somado à anuência da vítima adolescente, maior de 12 e menor de 14 anos. Em seguida, foi apresentada a evolução legislativa do crime de estupro até o atual crime de estupro de vulnerável e seus aspectos históricos. Logo após, apresenta-se as principais teses contrárias e favoráveis à mitigação do delito, trazendo os aspectos que são analisados e os que deveriam ser analisados quando da aplicação da lei ao caso concreto. Evidenciando-se o conflito entre a capacidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (doze anos), em face da capacidade prevista no Código Penal (14 anos), bem como a nova redação dada aos crimes sexuais no Projeto 236/2012 para o Novo Código Penal. Por fim, a partir da metodologia bibliográfica e técnica dedutiva sugere-se como solução a aplicação dos princípios apresentados como fundamento para relativização do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

Palavras-chave: Consentimento da vítima; Crimes Sexuais; Estupro de Vulnerável; Presunção de violência; Vulnerabilidade.

ABSTRACT

The light of the principles of humanity, of minimum intervention, the insignificance of proportionality and equality, this study aimed to make a critical analysis about the age criterion referred to in article 217-A of the Penalty Code, particularly in cases where there was no violence or serious threat, coupled with the consent of the adolescent victim, over 12 and under 14 years. Next, it was presented the legislative evolution of the crime of rape until the current crime of rape of vulnerable and its historical aspects. Soon after, it presents the main counter and favorable theses to mitigate the offense, bringing the aspects that are analyzed and those that should be considered when applying the law to the case. Is demonstrating the conflict between the planned capacity in the Child and Adolescent (twelve years), due to the planned capacity in the Criminal Code (14 years) as well as the new wording given to sexual crimes in the Project 236/2012 for New Penalty Code. Finally, based on the bibliographic and technical deductive methodology, it is suggested as a solution the application of the principles presented as a basis for relativization of the crime foreseen in article 217-A of the Penalty Code.

Keywords: Consent of the victim; Sexual Crimes; Rape of Vulnerable; Presumption of violence; Vulnerability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS QUE VIABILIZAM A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	13
1.1 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE.....	13
1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU ISONOMIA.....	15
1.3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	16
1.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	20
1.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	22
CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DELITO DE ESTUPRO NO BRASIL	25
2.1 LEGISLAÇÃO PENAL DO BRASIL PRÉ-COLONIAL ATÉ O PERÍODO REPUBLICANO	25
2.2 CÓDIGO PENAL DE 1940.....	29
2.3 NOVO BEM JURÍDICO: A DIGNIDADE SEXUAL	30
2.4 OS CRIMES SEXUAIS APÓS A LEI N. 12.015 DE 2009	36
CAPÍTULO III – DISCUSSÕES QUE ENVOLVEM O DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	41
3.1 DAS TESES CONTRÁRIAS	42
3.2 DAS TESES FAVORÁVEIS	44
3.2.1 Do Projeto de Lei n. 236/2012	46
3.2.1 Das condutas que podem ser praticadas pela vítima	47
3.2.3 Do entendimento jurisprudencial dos tribunais inferiores	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
BIBLIOGRAFIA	53

1. INTRODUÇÃO

É cediço que desde os tempos mais remotos, busca-se repreender os atos que não são aceitos pela sociedade, nesse sentido entende-se que os tipos penais são baseados a partir dos costumes de um determinado povo.

A escolha pelo tema ora apresentado é justificada pelo crescente número de casos de violência sexual, principalmente o crescente número de casos de pedofilia, os quais geralmente ocorrem no seio familiar.

Nesse sentido, vale dizer que tais crimes são os que mais necessitam de tutela e rigor do Estado, vez que atingem não só a integridade física da vítima, mas também trazem impactos psicológicos sobre a vida do ofendido.

No Brasil, os problemas enfrentados pela exploração sexual de crianças e adolescentes eram tão graves e o país recebia tantas cobranças em relação ao tema, que foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI, que tinha por finalidade investigar as situações de violência e as redes de exploração sexual que atingiam crianças e adolescentes em várias regiões do país¹.

Ocorre que após concluir suas investigações, a referida CPMI publicou resultados alarmantes em relação à exploração sexual de crianças e adolescentes em diversos estados do país e deu origem ao Projeto de Lei n. 253/2004, que após algumas modificações, resultou na aprovação da Lei n. 12.015/2009².

A referida lei, inovou e criou o artigo 217-A, o qual criminaliza os atos sexuais praticados contra menores de 14 anos, enfermos e deficientes mentais, ou qualquer pessoa que não possa oferecer resistência, atribuindo-lhes a condição de vulnerável.

Todavia, a substituição do termo “presunção de violência” por “vulnerabilidade” não pôs fim as discussões doutrinárias e jurisprudências quanto ao critério absoluto ou relativo da proteção conferida aos adolescentes.

¹Congresso Nacional. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

²Congresso Nacional. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

Em verdade há que se destacar que a legislação brasileira ainda não firmou um entendimento quanto à capacidade ou incapacidade dos adolescentes, vez que o Código Civil considera absolutamente incapazes os menores de 16 anos, enquanto que o Código Penal considera o menor de 14 anos absolutamente vulnerável para consentir atos de cunho sexual e o Estatuto da Criança e do Adolescente por sua vez confere maturidade suficiente aos adolescentes maiores de 12 anos, inclusive para responder judicialmente por atos infracionais que venham a praticar.

Não obstante a proteção penal fornecida a tais sujeitos de direitos, verifica-se que as primeiras experiências sexuais dos adolescentes ocorrem cada vez mais cedo, bem como que o acesso facilitado a informações relativas a essa questão, faz com que deles sejam capazes de compreender, ponderar e consentir com o ato sexual.

Além disso, conforme será apresentado no segundo capítulo desse trabalho, a responsabilização objetiva do agente que mantém relação sexual com adolescente, viola princípios basilares do Direito, vez que ao ser considerado apenas o critério etário, não haveria prova ou argumentação em contrário, bastando-se apenas a comprovação da idade da vítima.

Contudo, em que pese os vários embates sobre o tema, o presente trabalho se propõe a analisar, com base em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, a possibilidade de mitigação da vulnerabilidade prevista no Art. 217-A do Código Penal, considerando as particularidades do caso concreto que envolvem adolescentes maiores de 12 anos e menores de 14 anos.

CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS QUE VIABILIZAM A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Antes de fazer qualquer análise sobre o direito penal, é necessário que o intérprete fundamente suas concepções em princípios, pois eles são indispensáveis e fundamentais para a ordem jurídica e para o Estado Democrático de Direito, que visa a ideia de um Direito Penal Democrático.

Os princípios são normas primárias de caráter geral que constituem diretrizes da ordem jurídica, sendo que todas as demais normas – denominadas como normas secundárias – derivam deles³.

Para Guilherme de Souza Nucci, os princípios são extraídos de enunciados normativos, com alto grau de generalidade, que visam solucionar fatos não previstos, configurando-se, ainda, como limites às atividades produtivas, interpretativas e aplicativas das normas, de modo que eventual conflito deve ser removido pelo critério da ponderação, que sempre terá a prevalência de algum princípio decorrente, sobretudo na seara criminal, que lida diretamente com a liberdade individual e indiretamente com os demais direitos fundamentais⁴.

Assim, tendo como principal objetivo a análise sobre a possibilidade de relativização do crime de estupro de vulnerável, merece relevância - antes da análise dos dispositivos legais especificamente debatidos - uma explanação dos princípios que estão diretamente relacionados aos crimes sexuais, conforme a seguir se opera.

1.1 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade, também denominado princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e um dos princípios regentes das relações internacionais (artigo 4º, inciso II, da CRFB/88)⁵.

No âmbito do Direito Penal o princípio da humanidade exige que a pena tenha racionalidade e proporcionalidade, sempre buscando um tratamento mais humanitário em

³FIQUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: Editora RCS, 2015, p. 159.

⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

⁵BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em: 20/09/2018, às 15h.

toda a sua área de aplicabilidade. A racionalidade determina a fixação de penas compatíveis com o humano e suas cambiantes aspirações, enquanto que a proporcionalidade determina que a pena deve ser adequada aos seus fins constitucionais, sendo o menos onerosa possível ao condenado e somente ser imposta quando estritamente necessária⁶.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da humanidade:

[...] sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são corolários do princípio da humanidade⁷.

Nesse sentido, o princípio da humanidade deve ser aplicado em todas as fases do processo, inclusive na execução da pena, a fim de que o poder punitivo Estatal não crie ao aplique sanções que violem a dignidade da pessoa humana ou que produza consequência físico-psíquica negativa ao condenado.

Outrossim, pelo próprio título dado aos crimes sexuais⁸, há de se dizer que eles visam tutelar uma das vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana, qual seja, a dignidade sexual da pessoa, que, por sua vez, se respalda na liberdade de escolha sobre o próprio corpo em que o indivíduo pode lidar com a sexualidade da maneira que bem entender e de se autodeterminar sobre quando, como e com quem manterá relações sexuais⁹.

Nesse norte, deverá o Estado resguardar a violação de tal dignidade ou liberdade sexual, caracterizada, por exemplo, pelo ato sexual não consentido, pelo uso de violência ou grave ameaça.

Contudo, ao tratar da aplicabilidade do princípio da humanidade no crime de estupro de vulnerável, tem-se que corrente contrária à mitigação da presunção de violência (vulnerabilidade) defende que a dignidade da pessoa humana é presumidamente violada pela falta de validade do consentimento da vítima, enquanto que a corrente

⁶SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 75.

⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p. 48.

⁸Crimes contra a dignidade sexual.

⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial: dos crimes contra dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 214.

contrária aduz que a violação da dignidade da pessoa humana ocorre quando o indivíduo, no caso o menor de 14 anos, é impedido de exercer sua própria liberdade sexual, na medida em que não tem validade sua anuência ou vontade de utilizar do próprio corpo¹⁰.

1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU ISONOMIA

O princípio da igualdade encontra-se expressamente previsto no “*caput*”, do artigo 5º, da Constituição Federal, o qual dispõe que: 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 [...]¹¹.

Na seara penal o princípio da igualdade é abordado sob o aspecto formal e material. A igualdade formal refere-se a igualdade perante a lei, de modo que a lei deve ser genérica e tratar todos os indivíduos igualmente, sem estabelecer distinções. Enquanto que a igualdade material estabelece que o intérprete e o legislador devem considerar as distinções entre os grupos sociais e a individualidade de cada um¹².

Neste sentido, a igualdade material possibilita distinções de tratamento, desde que haja justificativa suficiente. Assim, entende-se que a lei deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas peculiaridades e levando-se em conta as exigências da justiça social.

Tratando sobre o tema, Cleber Masson escreveu que:

No Direito Penal, importa dizer que as pessoas em igual situação devem receber idêntico tratamento jurídico, e aquelas que se encontram em posições diferentes merecem um enquadramento diverso, tanto por parte do legislador como também pelo juiz. Exemplificativamente, um traficante de drogas, primário e com o qual foi apreendida a quantidade de dez gramas de cocaína, deve ser apenado mais suavemente do que outro traficante reincidente e preso em flagrante pelo depósito de uma tonelada da mesma droga¹³.

Contudo, o próprio delito de estupro de vulnerável é um exemplo do princípio da

¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial: dos crimes contra dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 215.

¹¹BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em: 20/09/2018, às 15h.

¹²SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. Editora Jus Podivm, São Paulo, 2012, p. 49.

¹³MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado** – Parte geral. Editora Método, São Paulo, 2008, p. 41.

igualdade, pois é evidente a preocupação do legislador em tratar como iguais aqueles considerados vulneráveis perante a lei, quais sejam: os menores de 14 anos, as pessoas com enfermidade ou deficiência mental ou aqueles que não tinham necessário discernimento ou não podiam oferecer resistência no momento da prática sexual.

Além disso, ao criar o artigo 217-A do Código Penal, buscou-se apenar com mais severidade aqueles que cometem o delito aproveitando-se da condição da vítima, pretendendo-se, com isso, trazer mais justiça as vítimas desse tipo de abuso sexual.

Todavia, o aspecto material de tal princípio é violado na medida em que o legislador trata como iguais aqueles que mantiveram atos sexuais com adolescentes (maiores de 12 anos e menores de 14 anos) com seu consentimento, prévio relacionamento e aceitação dos pais, e aqueles em que o acusado praticou ato sexual com o adolescente, contra a sua vontade combinado com o emprego de violência e grave ameaça, pois estaria tratando como iguais os desiguais.

Portanto, para garantir a correta aplicação de tal princípio nos crimes sexuais é necessário que o legislador preveja tratamento diferenciado para os desiguais, assim como é dado no crime de estupro, previsto no art. 213, caput, do Código Penal, pois neste o consentimento da vítima torna o crime atípico.

1.3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Previsto, implicitamente, no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁴, o princípio da intervenção mínima estabelece que a lei somente deve prever as penas estritamente e evidentemente necessárias.

Desse modo, o princípio da intervenção mínima, também denominado princípio da *ultima ratio*, restringe o poder incriminador estatal, preconizando que a criminalização de uma conduta só poderá ocorrer, quando for o meio necessário para a proteção de bens jurídicos¹⁵.

Para alguns doutrinadores o princípio da intervenção mínima subdivide-se em três desdobramentos, quais sejam, princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da

¹⁴FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>, acesso em 20/09/2018, às 15h.

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 25.

adequação social, para outros esses desdobramentos são apenas características do princípio *ultima ratio*. Aqui, considerando sua importância para o problema abordado, passa-se ao estudo das três vertentes de forma individualizada.

Para Nucci a subsidiariedade é sinônimo de princípio da intervenção mínima, sendo que o Estado só deve intervir quando os outros ramos do direito não forem suficientes para atingir fins preventivos e retributivos¹⁶.

Ainda nas palavras de Nucci:

[...] a harmonia do sistema normativo penal pressupõe correlação e equilíbrio entre o grau de ofensa ao bem jurídico, provocado pela prática do crime, e a medida da pena aplicável ao caso. O desajuste entre delito e pena desestabiliza as bases da intervenção mínima, pois, na prática, o autor da infração penal termina por receber punição acima de sua capacidade de absorção, representando abuso estatal¹⁷.

Assim, o autor defende que o Direito Penal, por sua natureza subsidiária, não pode ser utilizado para solucionar qualquer conflito, pois isso resultaria simultaneamente em sua vulgarização, descrédito e ineficácia das condutas descritas como crimes¹⁸.

Ao tratar sobre a vulgarização do Direito Penal na atualidade Bitencourt escreve que:

[...] Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “infração legislativa” reinante nos ordenamentos positivos¹⁹.

Contudo, de acordo com o princípio da subsidiariedade, o Direito Penal deve restringir-se apenas aos problemas sociais indissolúveis aos outros ramos do Direito, e não para proteger concepções ideológicas ou morais, pois caso fosse a primeira opção para o legislador privilegiaria o império da brutalidade, haja vista que a todos os erros da

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

¹⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 453.

¹⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 455.

¹⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 44.

humanidade seriam impostas reprimendas máximas²⁰.

Em conclusão, basta dizer que se existirem outras formas de tutelar determinados bens, sua criminalização será descabida e prescindível. A exemplo, é a utilização do Direito Civil e do Direito Administrativo como outras formas de reestabelecer a ordem jurídica, sendo que quando estas se fizerem suficientes elas que deverão ser utilizadas ao invés de sanções penais²¹.

Assim, ao analisar a aplicação do princípio da subsidiariedade ao crime de estupro de vulnerável, tem-se que o legislador não pode utilizar-se do poder punitivo estatal para tutelar a moral, a fim de impedir que adolescentes menores de 14 anos se relacionem amorosamente com outros adolescentes, que por praticar atos sexuais entre eles responderiam processo de apuração de ato infracional ou impedir que aqueles se relacionem com maiores de idade, pois tais condutas estão mais relacionadas à cultura, desenvolvimento social e desenvolvimento da própria sexualidade do adolescente, do que com a violação do bem jurídico tutelado, já descrito como dignidade sexual.

Para a autora, em tais casos não haveria a aplicação de outras áreas do Direito e sim uma maior conscientização e a realização de políticas públicas para impedir que adolescentes se relacionem no início da puberdade²², que geralmente ocorre no início da adolescência, ou seja, aos 12 anos de idade²³.

Já o princípio da fragmentariedade determina que nem todas as violações a bens jurídicos devem ser tuteladas e punidas pelo Direito Penal, que por sua natureza é apenas uma parte de um todo, que deve ocupar-se apenas das condutas mais lesivas ao convívio social, os quais se persistirem causariam danos a liberdade individual e à segurança pública²⁴.

Consoante Rogério Greco:

²⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 199.

²¹SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 194.

²²A puberdade é caracterizada pelas mudanças biológicas que se manifestam na adolescência, e representam, para o ser humano, o início da capacidade reprodutiva. Lourenço, B., & Queiroz, L. **Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência**. Revista De Medicina, 89(2), 2010, p. 70-75. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.1679-9836.v89i2p70-75>>, acesso em: 19/11/2018, às 15h.

²³Lourenço, B., & Queiroz, L. **Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência**. Revista De Medicina, 89(2), 2010, p. 74. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.1679-9836.v89i2p70-75>>, acesso em: 19/11/2018, às 15h.

²⁴GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16º Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 63.

[...] o caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária²⁵.

Quanto a aplicabilidade de tal princípio no crime de estupro de vulnerável o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso já entendeu que deve haver a flexibilização do conceito de vulnerabilidade, quando da análise do caso concreto, senão vejamos:

ART.217-A, CAPUT, C/C ART. 71 DO CP – ABSOLVIÇÃO – PRETENSÃO CONDENAÇÃO EM RAZÃO DO PREENCHIMENTO DAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL – IMPROCEDÊNCIA – ATO SEXUAL OCORRIDO DURANTE RELACIONAMENTO AMOROSO, COM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO LEGAL DE VULNERABILIDADE, EM DECORRÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE– ABSOLVIÇÃO MANTIDA [...] Apesar de o legislador ter adotado o critério etário para determinar a vulnerabilidade da vítima nos delitos sexuais, deve-se sopesar a conduta do agente com os princípios da fragmentariedade e intervenção mínima ainda mais quando, no caso concreto, a vítima demonstra consentimento em praticar a relação sexual no âmbito de um convívio estável, em que a mulher insistiu nesse relacionamento²⁶.

O princípio da adequação social, por sua vez, determina que o Direito Penal apenas deve tipificar condutas contrárias ou nocivas ao interesse público, ou seja, que tenham relevância negativa perante a sociedade²⁷.

Nesse ponto, Fernando Capez destaca que as condutas aceitas e tidas como normais pela sociedade, não poderiam ser punidas pela lei penal, pois padeceriam de vício de inconstitucionalidade²⁸.

Além disso, ao tratar do princípio da adequação social como causa excludente de tipicidade, Luiz Flávio Gomes escreve que não há necessidade de pena para condutas que aparecem como algo comum, normal, conforme determinado lugar e período histórico-cultural ou que sejam ao menos toleradas pela sociedade, vez que não haveria ataque ao bem jurídico tutelado. Para o autor condutas toleráveis não reverterem de tipicidade

²⁵GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 63.

²⁶TJMT. APELAÇÃO n. 92564/2015. Relator Luiz Ferreira da Silva. Órgão julgador Terceira Câmara Criminal, Data de julgamento 22/08/2018, publicado em 30/08/2018.

²⁷CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)**. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 35.

²⁸CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)**. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 35.

material²⁹.

Consoante Rogério Greco, o princípio da adequação social possui três perspectivas, uma delas dirigida ao aplicador das normas, enquanto que as outras ao legislador, veja-se:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas [...], é a de se restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais³⁰.

Assim, entende-se que o legislador deveria retirar do ordenamento jurídico condutas que ao passar do tempo, tornaram-se aceitas pela sociedade. A exemplo disso, destaca-se a exposição dos motivos que levaram a redução da idade de presunção de violência que a partir do Código Penal de 1940, diminuiu de 16 anos para 14 anos, ou seja, se a setenta e oito anos atrás viu-se a necessidade de adequação social da norma, imagina-se atualmente.

Não obstante, ainda que parte da doutrina entenda ser impossível a revogação de uma lei por sua inadequação social, é impossível não reconhecer sua importância para aplicação da legislação penal ao caso concreto³¹.

1.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º³²,

²⁹GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3º Edição. Rev. atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

³⁰GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16º Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 35.

³¹GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16º Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 36.

³²FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>, acesso em 20/09/2018, às 15h.

prevê a observância da proporcionalidade ao estabelecer que a lei somente deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias.

Para alguns doutrinadores tal princípio ainda está previsto implicitamente no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, vedando penas excessivas e desproporcionais, tendo como limite o desvalor da conduta e do resultado injusto ao Direito Penal.

Para outros, esse princípio, também, possui fundamento constitucional estabelecido no inciso LIV, do artigo 5º, na medida em que representa o aspecto fundamental para o princípio do devido processo legal³³.

Além disso, há outros doutrinadores que defendem que esse princípio deve ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que a desproporcionalidade da lei penal poderia resultar em penas desumanas ou mais gravosas do que o injusto penal³⁴.

Nesse norte, Alberto Silva Franco escreveu que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade³⁵).

Assim, pelo princípio da proporcionalidade as penas devem ser harmônicas a gravidade do delito praticado, não sendo admitido o exagero, pois caso haja desproporção entre o injusto penal e a pena haveria violação do princípio em tela.

Ademais, vale mencionar que o Direito Penal não pode atuar de forma desproporcional ferindo direitos fundamentais, estabelecendo normas desnecessárias, bem como não pode ser insuficiente, a ponto de permanecer inerte à proteção de bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade³⁶.

³³SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 123.

³⁴SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 123.

³⁵FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

³⁶SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 126.

Contudo, condenar o agente que praticou ato sexual consentido, levando-se em consideração apenas o critério etário como previsto na redação atual do art. 217-A do Código Penal, viola o princípio da proporcionalidade, haja vista o desvalor da conduta, sua aceitação pela sociedade e principalmente a desproporcionalidade da pena, vez que o delito descrito possui uma das penas mais graves da legislação penal, sendo, ainda, agravado no cumprimento da pena por ser também previsto como crime hediondo.

1.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Como demonstrado pelos princípios já apresentados, a tarefa do Direito Penal consiste na proteção dos valores elementares da vida comunitária no âmbito da ordem social e garantir a segurança jurídica.

Para Igor Luis Pereira e Silva, em atenção a essa missão, a doutrina evoluiu e criou o princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, que visa impedir a intervenção do Direito Penal nos casos em que não houve verdadeiramente a violação do bem jurídico, pois a afetação desse, deve ser real, séria e intolerável³⁷.

Ainda segundo o autor mencionado, o tipo penal não pode se limitar apenas ao seu aspecto formal, ou seja, a adequação da conduta do agente ao molde previsto na lei, pois é necessário que o fato seja materialmente típico, isto é que o fato seja altamente reprovável e danoso ao organismo social, isso porque nem toda lesão ao bem jurídico importa ao Direito Penal.

Importante esclarecer que o princípio da insignificância não visa legitimar condutas formalmente típicas e sim fazer com que fatos minimamente ofensivos ao bem jurídico tutelado não sejam punidos pelo Direito Penal, haja vista a obediência desse ao princípio da intervenção mínima.

Conforme Paulo Queiroz de Souza:

Por meio do princípio da insignificância (ou bagatela), o juiz, à vista da desproporção entre a ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (valorativo) acerca da tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos (criminalizados) não o sejam materialmente, dada a sua irrelevância³⁸.

Embora não exista previsão legal para esse princípio, sendo ele extraído dos

³⁷SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 196.

³⁸QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 30.

princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, o Supremo Tribunal Federal entende que para sua aplicação, a fim de tornar uma ação atípica, é necessário que a conduta preencha a quatro requisitos, quais sejam: conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão provocada³⁹.

Assim, considerando a dificuldade de estabelecer um critério objetivo para aferir o que seria uma lesão insignificante, a aplicação deste princípio nos crimes sexuais enfrenta diversos posicionamentos, pois trata-se de uma análise subjetiva, que visa identificar a violação da dignidade sexual da vítima.

Entretanto, a corrente favorável à aplicação desse princípio, busca se ater aos casos que preenchem os requisitos de admissibilidade elencados pelo Supremo Tribunal Federal, defendendo sua aplicabilidade para as condutas de beijo lascivo, toque nas nádegas ou algo análogo, pois embora tais condutas sejam formalmente típicas, elas não alcançariam a tipicidade material, visto que não lesam ou expõem a perigo o bem jurídico tutelado, seja pelo desvalor da conduta ou desvalor do resultado⁴⁰.

A corrente favorável defende, ainda, que a observância desse princípio cumulado com o princípio da proporcionalidade, torna o crime de estupro de vulnerável inconsistente, haja vista que a conduta praticada e a pena aplicada são inteiramente desproporcionais em alguns casos⁴¹.

Nesse sentido, Bertasso escreve que:

O legislador peca ao generalizar o enquadramento penal (estabelecendo descrição típica objetiva e que desconsidera as peculiaridades do caso, como, por exemplo, a experiência sexual da vítima) e erra mais gravemente ao cominar sanção tão elevada a essa conduta. Não se pode desprezar que, na atual realidade social, não são raros os casos em que menores de 14 anos possuem vida sexual ativa e praticam, com normalidade, atos sexuais de forma consentida. Nessas situações, ainda que reprovável a conduta daquele que adere à vontade da menor e com ela pratica ato sexual, não se mostra

³⁹STF. HABEAS CORPUS n.137.422/SC. Relator Min. Ricardo Lewandowski, Órgão julgador Segunda Turma, Data de julgamento 28/03/2017, publicação em 06/04/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12699147>>, acesso em 19/11/2018, às 16h.

⁴⁰GARCIA, Victória Domingues Ribeiro. **A mitigação da presunção de violência nos casos de estupro de vulnerável**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/6801/6483>> acesso em 19/11/2018, às 17h.

⁴¹OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável art. 217-A do Código Penal**. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2591/o-principio-proporcionalidade-insignificancia-estupro-vulneravel-art-217-codigo-penal>>, acesso em 19/11/2018, às 17h.

proporcional a aplicação de sanção tão gravosa⁴².

Já a corrente contrária à aplicabilidade desse princípio ao delito de estupro de vulnerável, se fundamenta no argumento de que o legislador criou esse tipo penal para proteger aqueles considerados presumidamente vulneráveis, isto é, aqueles que não podem oferecer resistência, fato que torna inviável a aplicação do princípio da insignificância para tornar a conduta atípica⁴³.

⁴²BERTASSO, Marcelo. **O desproporcional “estupro de vulnerável”**. Disponível em: <<https://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>>, acesso em: 19/11/2018, às 17h.

⁴³OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável art. 217-A do Código Penal**. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2591/o-principio-proporcionalidade-insignificancia-estupro-vulneravel-art-217-codigo-penal>>, acesso em 19/11/2018, às 17h.

CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DELITO DE ESTUPRO NO BRASIL

Os crimes sexuais sempre apresentaram polêmicas e discussões quanto a sua tipificação, que geralmente se confundem com tabus e preconceitos devido a sua estrita ligação com a moral cristã.

A repressão desses crimes ocorre devido a relevância do comportamento sexual para a vida em sociedade, haja vista que seu exercício reflete diretamente nas instituições do Estado. Daí entende-se que a sexualidade humana está associada ao casamento, ao adultério, à prostituição, ao celibato e outras situações que refletem diretamente nos interesses quanto à propriedade, estrutura familiar e nos conceitos de moral social de cada cultura⁴⁴.

Além disso, o crime de estupro passou a ter cada vez mais repercussão na sociedade, seja nas notícias de jornais, nas investigações policiais e até nos debates de rua. Como consequência disso, houve um aumento nos registros de ocorrências, nos pedidos de medidas preventivas, nas reformas legislativas para agravar tais crimes e, inclusive, um incentivo às pesquisas históricas sobre o tema⁴⁵. Pesquisas que demonstram que há muito já se dava atenção à prevenção e a punição dos crimes sexuais.

2.1 LEGISLAÇÃO PENAL DO BRASIL PRÉ-COLONIAL ATÉ O PERÍODO REPUBLICANO

No período pré-colonial brasileiro, as sanções penais, inclusive relacionadas aos crimes contra a dignidade sexual, consistiam em um direito de vingança, no qual existia a relação do homem agredido contra seu agressor, ou seja, quando uma pessoa sofria uma agressão, ela própria poderia exercer seu direito de vingança⁴⁶.

Em seguida, após a chegada dos portugueses, o Brasil passou a reger-se pelas Ordenações de Portugal, especialmente, pelas Ordenações Afonsinas, consideradas nosso Primeiro Código Penal. As Ordenações Afonsinas vigoraram em nosso país de 1500 a

⁴⁴GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 23.

⁴⁵GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 23

⁴⁶SILVA, José Geraldo da. **Teoria do Crime**. 3º Edição. São Paulo: Editora Millennium, 2007, p. 13.

1521, quando D. Manuel, a revisou, a atualizou e a renomeou de Ordenações Manuelinas⁴⁷.

Todavia, as duas ordenações acima (Ordenações Afonsinas e Ordenações Manuelinas) não vigoraram de maneira prática no Brasil, somente existiram teoricamente. Em virtude disso, em 1580, quando D. Felipe I – rei da Espanha, dominou Portugal, ocorreu uma reforma na legislação da época (Ordenações Manuelinas)⁴⁸.

Promulgada em 11 de janeiro de 1603, as Ordenações Filipinas (também denominada como Código Filipino) vigoraram no Brasil até 1830, sendo esta a mais longa de todas as legislações penais brasileiras e considerada nosso primeiro Estatuto Repressivo. Nas ordenações Filipinas o crime confundia-se com o pecado e com a mera ofensa à moral⁴⁹.

Conforme o Título XVIII, do Quinto Livro das Ordenações Filipinas, o delito de estupro era previsto como:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva per sua vontade.

Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello.

Porém, quando for com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fara execução, até nol-o fazerem saber, e per nosso mandado. E essa mesma pena haverá qualquer pessoa que para a dita força der ajuda, favor ou concelho.

E postoque o forçador depois do maleficio feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade dela, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado⁵⁰.

Nesse sentido, verifica-se a diferença que existia em relação a condição da ofendida, haja vista que não haveria pena ao réu que praticasse o delito contra prostitutas ou escravas.

Para Noronha:

[...] da confusão do crime com o pecado, e com a falta de moral vê-se a atenção que o legislador reinol dispensava aos fatos sexuais, enumerando-os em

⁴⁷SILVA, José Geraldo da. **Teoria do Crime**. 3º Edição. São Paulo: Editora Millennium, 2007, p. 27.

⁴⁸SILVA, José Geraldo da. **Teoria do Crime**. 3º Edição. São Paulo: Editora Millennium, 2007, p. 27.

⁴⁹NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal** - Volume 1/4. São Paulo: Editora Saraiva, 1973-77, p. 64.

⁵⁰BRASIL. **Ordenações Filipinas**, Livro V, Título XVII. Disponível em:

<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm>>, acesso em: 05/05/2018, às 18h10min.

extensa lista, alguns até bizarros e estranhos, estendendo a interdição aos contatos carnavais infiéis e cristãos, ainda com intento de defesa religiosa⁵¹.

Contudo, sobrevindo a proclamação da Independência do Brasil em 1822, novamente o ordenamento jurídico brasileiro foi refeito, criando-se o Código Criminal do Império, que entrou em vigor em 16 de dezembro de 1830⁵².

Conforme o art. 222, do Código Criminal do Império, o crime de estupro era conceituado como a cópula vaginal, mediante violência ou ameaça, praticado contra qualquer mulher honesta. O crime era punido com pena de 3 a 12 anos de prisão, a qual poderia ser diminuída caso a vítima fosse prostituída⁵³. Mais uma vez, se repetia as distinções entre a condição da ofendida.

Vale destacar que os art. 219 e 224 do Código Criminal do Império previam tipos penais semelhantes ao atual estupro de vulnerável, senão vejamos:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta⁵⁴.

Não obstante, as semelhanças com o atual crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, os artigos 219 e 224, qualificavam as vítimas como mulher virgem e mulher honesta.

Outrossim, conforme o artigo 225 do Código do Império, seria isento de pena o agente que se casasse com a ofendida após praticar os crimes previstos nos artigos 222 e 224 (salvo os casos de relação incestuosa).

Anos depois, após a abolição da escravatura em 1888 e o Golpe de Estado em 1889, que pôs fim à Monarquia no Brasil, houve a necessidade de uma nova lei penal⁵⁵.

⁵¹NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal** - Volume 1/4. São Paulo: Editora Saraiva, 1973-77, p. 65.

⁵²FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 26.

⁵³BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>, acesso em: 05/05/2018, às 18h10min.

⁵⁴BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>, acesso em: 05/05/2018, às 18h10min.

⁵⁵TONELLO, Luis Carlos Avansi. **Curso de Direito penal brasileiro; parte geral**. 4ª Edição. Cuiabá: Editora Janina, 2009, p. 40.

Assim, em 11 de outubro de 1890, passou a vigorar em nosso país o Código Penal da República⁵⁶.

De acordo com José Geralda da Silva, o Código Penal da República:

Trouxe inovações no campo da sanção penal, como a abolição da pena de morte e dos açoites. Não obstante a humanização das penas, esse Código foi muito criticado, pois era de uma impropriedade gramatical assustadora. Era arcaico e prolixo, o que causava interpretação dúbia⁵⁷.

Além disso, conforme o Título VIII do Código Penal da República, os crimes de ordem sexual, passaram a ser denominados como: Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor.

Conforme o “caput” do artigo 269, do Código Penal Republicano, o estupro era conceituado como: o ato sexual praticado por homem, em desfavor de mulher virgem ou não, com emprego de violência. Todavia, em que pese a prescindibilidade da vítima ser virgem, o artigo 268 do Código Penal de 1890, ainda, utilizava a expressão “mulher honesta”, para condicionar a caracterização do crime de estupro⁵⁸.

Insta mencionar, que o artigo 269 ainda conceituava o ato de violência como ato físico ou moral que priva a mulher da possibilidade de resistir ou defender-se⁵⁹. Desse modo, o crime de estupro previsto no artigo 268 do Código Penal Republicano (já apresentado acima), também poderia ser conceituado como o ato sexual não consentido por mulher honesta.

Em relação aos crimes sexuais praticados em face dos indivíduos menores de idade, o Código Penal Republicano dispôs em seu artigo 272, o primeiro entendimento sobre presunção de violência, a saber, presumia-se que os crimes previstos nos Capítulos II e III (que tratavam sobre os crimes de rapto e lenocínio) eram sempre cometidos com emprego de violência quando a ofendida fosse menor de 16 (dezesseis) anos⁶⁰.

Além disso, o Código Criminal de 1890 previa a criminalização do atentado violento ao pudor e estupro em tipos penais distintos e com penas mínimas iguais de um

⁵⁶SILVA, José Geralda da. **Teoria do Crime**. 3º Edição. São Paulo: Editora Millennium, 2007, p. 30.

⁵⁷SILVA, José Geralda da. **Teoria do Crime**. 3º Edição. São Paulo: Editora Millennium, 2007, p. 31.

⁵⁸BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de dezembro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>, >, acesso em: 05/05/2018, às 18h50min.

⁵⁹FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 32.

⁶⁰BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de dezembro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>, >, acesso em: 05/05/2018, às 18h50min.

ano de prisão “cellular”⁶¹, diferenciando-se apenas em relação a pena máxima, que no primeiro era de seis anos e no segundo três anos, ambos de prisão “cellular”⁶².

Menciona-se, ainda, que o tipo penal de atentado violento ao pudor, abrangia todas as condutas libidinosas diversas da conjunção carnal, que se restringia apenas à violência sexual contra a mulher.

Como já referenciado acima, devido a impropriedade textual do Código Penal de 1890, várias leis esparsas surgiram, revogando-se vários dispositivos legais, em que se buscava adequar o Código à realidade social até então existente. Desta feita, em 14 de dezembro de 1932, por meio do Decreto n. 22.213, realizou-se a reorganização do Código e suas alterações posteriores, denominado agora de Consolidações das Leis Penais⁶³.

2.2 CÓDIGO PENAL DE 1940

Após o golpe militar de 10 de novembro de 1937 e atendendo as diversas críticas que o Código Republicano de 1890 enfrentava pelos juristas devido sua impropriedade textual, surgiu, novamente, a necessidade de um novo Código Penal⁶⁴.

Criado pelo Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942 uma nova legislação penal, que ficou conhecida como Código Penal de 1940⁶⁵. Dividido originalmente em Parte Geral e Parte Especial, o novo código estabeleceu, em sua primeira parte, regras gerais de aplicação da lei penal e, na segunda, dispôs sobre a descrição de condutas consideradas criminosas e suas penas.

Na época, o Decreto-Lei n. 2.848/40 representou um avanço técnico na redação dos tipos penas. Ele alterou a nomenclatura dada aos crimes sexuais, os quais, previstos no Título VI, passaram a ser denominados como “Dos crimes contra os costumes”.

Em seu artigo 213, ele definiu o delito de estupro como constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça e em seu art. 214, manteve como crime autônomo o delito de atentado violento ao pudor, que consistia em constranger

⁶¹Cellular era o isolamento do preso sem contato com os outros detentos. SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Breves considerações sobre a história da pena no direito brasileiro**. Volume 2. Revista Cesumar Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, n. 3, 1998.

⁶²FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 33.

⁶³SILVA, José Geraldo da. **Teoria do Crime**. 3º Edição. São Paulo: Editora Millennium, 2007, p. 32.

⁶⁴NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal** - Volume 1/4. São Paulo: Editora Saraiva, 1973-77, p. 71.

⁶⁵SILVA, José Geraldo da. **Teoria do Crime**. 3º Edição. São Paulo: Editora Millennium, 2007, p. 32.

alguém, mediante grave ameaça ou violência, a praticar ou permitir que com ele se pratique qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

O Código Penal de 1940 também alterou a nomenclatura dada aos crimes sexuais, os quais previstos no Título VI, passaram a ser denominados como “Dos crimes contra os costumes”.

Entretanto as figuras de “mulher virgem” e “mulher honesta” ainda permaneciam previstas nos artigos 217 e 219. O primeiro consistia na ação de seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com consigo conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança, já o segundo era a ação de raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fins libidinosos.

Nesse ponto observa-se que a redação original do Código Penal, ainda, conferia maior proteção às mulheres virgens e mulheres honestas, bem como previa que os crimes de estupro, rapto e sedução só poderiam ser praticados contra pessoas do sexo feminino.

Por outro lado, a idade mínima para caracterização da presunção de violência, foi reduzida de 16 para 14 anos, presumindo-se o emprego de violência, também nos casos em que a vítima é pessoa “alienada ou débil mental; e o agente conhecia esta circunstância”, ou ainda, quando o ofendido não pudesse por qualquer outra causa oferecer resistência.

Contudo, ressalta-se que o Código Penal de 1940, ainda, inaugurou vários ilícitos penais na ordem dos crimes sexuais, como por exemplo, “o rufianismo”, o “tráfico de mulheres”, a “casa de prostituição” e ainda o crime que proibia o “escrito ou objeto obsceno”.

2.3 NOVO BEM JURÍDICO: A DIGNIDADE SEXUAL

Antes de analisar a atual redação dos crimes de estupro e estupro de vulnerável, é necessário mencionar algumas das transformações que ocorreram na sociedade brasileira e no mundo para se compreender como chegamos às modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009 e o bem jurídico por ela tutelado, pois a partir do presente estudo busca-se verificar o conjunto de valores que orientam a aplicação do crime de estupro, em especial, do crime de estupro de vulnerável.

Greco e Rassi descrevem a importância da revolução sexual do século XX, para a concepção atual da sexualidade:

A partir da segunda metade do século XX, dois importantes eventos marcaram o estudo sobre a sexualidade: (1) o desenvolvimento de métodos contraceptivos, o que rompe com a associação, até então existente, entre o exercício da sexualidade e a reprodução da espécie; e (2) o surgimento de novas reflexões derivadas da mobilização de alguns segmentos da sociedade civil organizada e de estudos doutrinários. [...] Como consequências desse fenômeno, podem ser citadas: uma alteração do estereótipo masculinidade/feminilidade e seus respectivos papéis; maior instabilidade e *psicologização* das relações conjugais; novas atitudes liberais em relação ao corpo e às emoções, buscando maior qualidade de vida; maior tolerância social às diferenças e ao inconformismo individuais, respeitando-se a opção das minorias e também maior tolerância em relação ao sexo pré-marital e o rechaço ao duplo padrão de moralidade entre o homem e a mulher; o enfraquecimento do controle familiar e institucional sobre a sexualidade do adolescente, que passou ao amadurecimento sexual mais precoce, principalmente nos países industrializados; a evolução das técnicas anticoncepcionais, libertando a mulher da gravidez indesejada; e, por fim, a educação sexual, que proporcionaram, portanto, profunda alteração nas atitudes e comportamentos sexuais⁶⁶.

É sabido que esse contexto mundial também veio a refletir na sociedade brasileira, que naquele momento passava por um período agitado em razão do golpe político-militar, que representou, por um período, o término da democracia brasileira e, pela primeira vez na história do país, os militares haviam tomado o poder, dando início ao regime militar.

Primeiramente o golpe militar de 1964, justificou-se pela necessidade de livrar o país de todos os problemas que ele enfrentava naquele momento, livrando-o de um possível futuro país comunista e corrupto, e para instituir novamente sua democracia.

Esse novo regime primeiro apresentou-se como um movimento em defesa da ordem constitucional, porém no seu íterim mostrou-se de forma totalmente contrária, pois seus líderes começaram a modificar as estruturas legislativas do Brasil por meio dos denominados Atos Institucionais (AIs)⁶⁷.

Durante o regime militar, o Brasil viveu sob o comando de um poder antidemocrático, ditatorial e arbitrário exercido, não menos, pelas Forças Armadas, o que certamente refletiu nas estruturas do país. Os movimentos sociais contrários ao poder militar foram severamente perseguidos e reprimidos com muita violência através de prisões arbitrárias e torturas.

⁶⁶GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 16 e 17.

⁶⁷GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Editora Companhia das letras, 2002. p.121.

Sem dúvidas que esse período de repressão refletiu na vida das pessoas e na sociedade, pois todos os meios de comunicação sofreram censuras, inclusive, tiveram livros que foram proibidos de serem publicados, peças de teatro, produções cinematográficas foram censuradas e a Música Popular Brasileira passou a ser tratada como prejudicial à população, pois, segundo o Estado, as músicas de protestos violavam a moral, os bons costumes e às leis.

Muitas pessoas viveram com medo de falar e por isso se calavam perante todas as atrocidades, pois não se tinha mais liberdade de expressão no país. Principalmente para a juventude e que ansiava pela redemocratização do país e por uma mudança cultural⁶⁸.

Em meio a todo esse cenário, as principais mudanças que refletiram no comportamento sexual dos brasileiros ocorreram durante as décadas de 60 e 70.

Os meios contraceptivos tornaram a mulher brasileira mais independente em sua sexualidade, facultando o planejamento familiar e tornando possível a sua inserção no mercado de trabalho, apesar de ainda não se encontrar em pé de igualdade com o homem.

O casamento já não é legitimador da relação sexual, havendo a alta incidência de uniões estáveis, reconhecidas juridicamente, cuja dissolução muitas vezes é feita pelo simples acordo entre o casal, fora do controle do Judiciário ou de qualquer instância reguladora. Se antes o “desquite” havia sido uma grande conquista para a liberdade da mulher, hoje, a união estável tornou a mulher mais independente⁶⁹.

Após duas décadas de regime militar, em 1985 iniciou-se um novo período na história do Brasil, que, pelas próprias circunstâncias, foi denominado Nova República. No mês de maio do mesmo ano, foi restabelecido o direito ao voto direto para a presidência do país e aprovado o direito de voto aos iletrados (analfabetos).

Politicamente, as expectativas priorizavam a revogação das leis que ainda limitavam as liberdades, promulgadas durante o período militar, o que resultou na criação de uma Assembleia Constituinte, que elaboraria uma nova Constituição.

Por óbvio que as influências e pressões que uma Constituição sofre durante sua elaboração refletem no novo sistema de Estado que será implantado e por consequência no modelo de sociedade, mais explicitamente na vida de seus cidadãos.

⁶⁸SOUTO. Náyla Maria França. **Art. 217 – A, do Código Penal Brasileiro: Relativização do Critério Etário no Estupro de Vulnerável**. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/62992174-Centro-universitario-de-ensino-sao-lucas-curso-de-direito-nayla-maria-franca-souto.html>>, acesso em: 05/05/2018, às 18h.

⁶⁹GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 20.

Posto isso, merece destaque a maneira como foi elaborada a Constituição de 1988, pois os fatores que influenciam na elaboração da Carta Maior de um país são importantes, uma vez que a Constituição pode ser conceituada como uma ordenação sistemática e racional da comunidade política plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político⁷⁰.

Contudo, é possível observar que a Constituição é formada por um conjunto de forças políticas, econômicas e sociais que determinam como o Estado deve ou deveria ser, ou seja, é na Constituição que se encontram as principais regras, normas e os princípios que nortearão toda a estrutura do Estado e os direitos dos cidadãos.

Dessa forma, a compreensão de como a atual Constituição foi criada, o seu contexto histórico, político e social será possível entender os motivos que determinaram o atual tratamento ao bem jurídico tutelado pelos crimes sexuais.

Assim, criou-se a Assembleia Nacional Constituinte para a edição de uma nova constituição, sendo que esta representou um depósito de esperanças para o povo brasileiro, que ansiava pela fixação de direitos para os cidadãos e instituições básicas no país⁷¹.

O país estava em um novo processo de redemocratização, em que se via a necessidade de devolver ao povo todos os direitos que haviam sido retirados deles durante o processo ditatorial.

Na lição de Vitor Amorim de Angelo:

Ao longo dos trabalhos, a Assembleia Constituinte esteve aberta a propostas de emendas populares. Para tanto, bastaria que as sugestões fossem encaminhadas por intermédio de associações civis e subscritas por, no mínimo, 30 mil assinaturas que atestassem o apoio popular à proposta. Até o encerramento dos trabalhos, a Assembleia Constituinte recebeu mais de 120 propostas de emendas constitucionais nas mais diversas áreas, reunindo cerca de 12 milhões de assinaturas⁷².

⁷⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p.80.

⁷¹FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Edusp FDE, 2001, p. 524.

⁷²ANGELO, Vitor Amorim de. **Constituição de 1988: Contexto histórico e político**. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/constituicao-de-1988-1-contexto-historico-e-politico.htm?mobile>>, acesso em 20/06/2018, às 12h.

Durante o processo da Assembleia Nacional Constituinte, muitas coisas foram debatidas desde questões menores a questões relativas à organização do Estado, e os direitos individuais. Muitos setores e grupos pressionaram para terem seus interesses tutelados pela nova Constituição e muitos criticaram o texto da Constituição por abranger em seu corpo assuntos que não pertenciam à seara constitucional.

Nesse período a sociedade brasileira não encontrava uma moral sexual, mas sim diversos sistemas morais referidos à sexualidade, recebendo influências de crenças religiosas, de tabus, costumes, convenções.

Após muitos meses de trabalho, no dia 5 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição Federal do Brasil, também conhecida como Constituição Cidadã, considerada um marco na história do país que definiria o Brasil, novamente, como um país democrático.

A Constituição brasileira foi a que mais destaque deu à participação popular em sua elaboração, sendo considerada a mais completa do mundo. Entre todas as inovações criadas pela atual Constituição de 1988, é significativa a importância dos direitos fundamentais, que logo no início de seu texto expôs os princípios fundamentais.

Ainda, merece destaque o restabelecimento da inviolabilidade de direitos, as liberdades individuais, os direitos sociais, a demarcação de terras aos índios, a ampliação dos direitos trabalhistas, a restituição do direito à livre manifestação de pensamento e liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação⁷³.

É importante dizer que com a promulgação da Carta Magna de 1988, concedeu novos direitos (os chamados direitos difusos, exercidos não apenas por pessoas determinadas, mas sim por uma coletividade indeterminada), bem como, ampliou a antiga noção de cidadania, modificando a relação existente entre sociedade e Estado, antes conflitantes vendo as duas realidades como independentes e ligadas por um único objetivo: a realização do Direito.

Para tanto, é oportuno mencionar a lição de José Luís Bolzan de Moraes, o qual descreve que:

O Estado Democrático de Direito, desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição

⁷³MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 73.

de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*⁷⁴.

Em um Estado democrático de direito, os direitos e garantias individuais passam a ter um papel central, em detrimento dos interesses estatais. Ainda nesse sentido, Bitencourt:

Tomando como referente o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna. Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa⁷⁵.

Diante de um novo cenário político, com a redemocratização, novo cenário jurídico, com uma nova constituição e um novo modelo de Estado, além dos movimentos sociais que transformaram a cultura e a moral da sociedade, cada vez mais se percebia a necessidade de modificações no campo da tutela penal sexual.

Além disso, considerando que o Código Penal foi editado em 7 de dezembro de 1940, portanto, há 76 anos, resta claro que no decorrer desse período os valores morais da sociedade brasileira passaram por transformações e não poderia ser diferente em relação à moral sexual brasileira.

Como observado por Greco e Rassi:

No que diz respeito às minorias sexuais, as mudanças observadas na sociedade brasileira nas últimas três décadas também aceleraram uma modernização na área dos costumes.

A partir do movimento feminista, desencadeou-se também, ainda que com menor expressão, a luta dos homossexuais pelo reconhecimento de seus direitos de inclusão social. Organizados, ganharam espaço na mídia e atenção das instâncias públicas, principalmente depois do surgimento da AIDS, que passaram a coibir de forma responsável. O mesmo ocorreu com a prostituição. Assim, como tem ocorrido nas civilizações ocidentais, o comportamento sexual do brasileiro muito modificou desde os anos 60 até os dias de hoje, valorizando o aspecto positivo da sexualidade e a sua privatização.

Pelos novos paradigmas, há um afastamento das moralidades religiosas herdadas da época medieval, ganhando a sexualidade uma autonomia

⁷⁴MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 74.

⁷⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral – Volume 1**, 19ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.43.

individual e subjetiva, que passa a ser um tema cada vez menos tratado por conceitos *a priori*, especialmente no que se refere ao espaço privado⁷⁶.

Com a nova legislação que substitui a tutela dos bons costumes pela tutela da dignidade sexual quebra-se um paradigma como bem observa Salvador Netto: a substituição da alcunha significa-a o que parece a quebra de um paradigma e, ao mesmo tempo, uma visão mais temporal e laica da questão, privilegiando e protegendo, enfim, a autodeterminação sexual⁷⁷.

Destarte, percebe-se o quanto era descabido que delitos que atentavam à dignidade humana da vítima continuassem sendo tratados apenas como violações dos costumes, da moral pública.

2.4 OS CRIMES SEXUAIS APÓS A LEI N. 12.015 DE 2009

A nova redação dada pela Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou a nomenclatura do Título VI, do Código Penal, que antes chamado de Crimes Contra Costumes, passou a chamar Crimes Contra a Dignidade Sexual. A antiga redação, não mais se adequava à realidade social e ao invés de proteger a virgindade das mulheres, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças⁷⁸.

Os problemas enfrentados pela exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil eram tão graves e o país recebia tantas cobranças em relação ao tema, que foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI, elaborada através do Requerimento n.º 02/2003, tinha por finalidade investigar as situações de violência e as redes de exploração sexual que atingiam crianças e adolescentes em várias regiões do país⁷⁹.

Após concluir suas investigações, a referida CPMI publicou no mês de julho de 2004, seu Relatório Final, que, além de trazer resultados alarmantes em relação à exploração sexual de crianças e adolescentes em diversos estados do país, deu origem ao

⁷⁶GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 21 e 22.

⁷⁷NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Estupro bilateral: um exemplo limite**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N. 202. 2009, p. 8 e 9.

⁷⁸GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, Volume III**. 14ª Edição. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017, p. 64.

⁷⁹Congresso Nacional. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/Rf200401.pdf?sequence>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

Projeto de Lei n. 253/2004, que após algumas modificações, resultou na aprovação da lei ora analisada (Lei n. 12.015/2009)⁸⁰.

Como se percebe, inclusive pela nova redação dado ao título dos crimes sexuais, estes passaram a ter como bem jurídico tutelado a dignidade sexual das vítimas, que segundo Guilherme de Souza Nucci:

A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e a vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade⁸¹.

Nesse sentido cumpre ressaltar que a partir do novo diploma legal, os crimes sexuais passaram a ser revestidos de caráter valorativo e principiológico, pois passaram a integrar a essência humana quanto sua autonomia de ações e pensamentos⁸².

Na lição de Nucci, a palavra Estupro, vem do latim stuprum, que abarca todas as relações sexuais, praticadas com o emprego de violência⁸³. Significado que nos remete, à origem histórica do referido crime, que, de acordo com Néelson Hungria, desde os mais antigos tempos e entre quase todos os povos, a conjunção carnal violenta foi penalmente reprimida como grave malefício, sofrendo diversas modificações do decorrer do tempo, espaço e principalmente no decorrer das mudanças sociais.

Os tipos penais vigentes que tratam sobre o crime de estupro e estupro de vulnerável, atualmente dadas as modificações feitas pela Lei n. 12.015/2015, estão previstos, no Título VI, Capítulo I, da seguinte forma:

Estupro

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 6 (seis) a 10 (dez) anos.

⁸⁰Congresso Nacional. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

⁸¹NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

⁸²FIGUEIREDO, Sonata de. **O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável**. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

⁸³NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

§ 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:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Estupro de vulnerável

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Destaca-se que as condutas que caracterizam o atual delito de estupro, antes eram previstas em dois tipos penais distintos e com penas diferentes, quais sejam, artigo 213 (que tratava sobre o delito de estupro) e o revogado artigo 214 (que tratava sobre o crime de atentado violento ao pudor), sendo que a nova redação incluiu no mesmo tipo penal, as condutas de ato libidinoso e conjunção carnal.

Os atos libidinosos até hoje englobavam outros atos de cunho sexual, como por exemplo: sexo oral, anal e outros atos lascivos, enquanto que a conjunção carnal, nas palavras de Cleber Masson é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na vagina⁸⁴.

Além disso, ao retirar a palavra mulher das condutas descritas no art. 213 do Código Penal, a nova redação passou a tratar de forma igualitária, homens e mulheres, incluindo assim a possibilidade de pessoas do sexo masculino também terem sua dignidade sexual protegida pelo tipo, quando na condição de polo passivo⁸⁵.

Outra modificação importante feita pela lei em análise (Lei n. 12.015/2009), foi a criação do art. 217-A e seu § 1º, que ampliou a tutela penal em relação aos menores de 14 anos e as pessoas a eles equiparadas – pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, não possuem o devido discernimento⁸⁶.

⁸⁴MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Método, 2014, p. 890.

⁸⁵BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

⁸⁶BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

O crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, possui como elemento objetivo do tipo o constrangimento de outra pessoa, seja do sexo masculino ou feminino à prática de relações sexuais. Desse modo, o constrangimento ilegal está relacionado à dignidade e à liberdade sexual do ofendido, bem como está relacionado ao ato de forçar ou compelir o ofendido a praticar condutas de conotações sexuais que o autor do crime deseja⁸⁷.

Nesse toar, o crime de estupro somente estará caracterizado, quando praticado contra a vontade da vítima, ou seja, desde que ela exteriorize a sua repulsa aos atos sexuais, resistindo a conduta do ofensor.

A violência ou ameaça, condições elementares do tipo, o caracterizam como crime material ou causal, sendo que a violência exigida para sua configuração refere-se à violência física, enquanto que a ameaça refere-se a violência moral⁸⁸. Para Nucci:

O exercício de violência física pode dar-se diretamente em relação a vítima, como pode voltar-se contra terceiros (familiar ou amigo da pessoa ofendida), com o fito de obrigar-lhe a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O mesmo se diga da grave ameaça voltada a entes queridos da vítima⁸⁹.

Outra característica não menos importante, para a adequação de determinada conduta ao crime de estupro é que o ofensor, além de utilizar violência ou ameaça, deve objetivar manter relações sexuais com a vítima, de modo que a resistência apresentada pela vítima, não consiga o impedir.

Contudo, se presente a anuência da vítima, logo a conduta se tornaria atípica, não podendo assim, em face do princípio da legalidade, ser penalmente punível, pois se houver a vontade consciente da vítima não estará presente a condição elementar (violência ou grave ameaça) do tipo⁹⁰.

Novamente, fazendo uma análise simultânea, mas agora entre os crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, estupro e estupro de vulnerável, tem-se que para a caracterização

⁸⁷FIGUEIREDO, Sonata de. **O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável**. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

⁸⁸MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Método, 2014, p. 889.

⁸⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

⁹⁰FIGUEIREDO, Sonata de. **O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável**. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min

do segundo, é prescindível o emprego de ameaça ou violência, vez que a única condição para a configuração do delito é o verbo “ter”, somado a qualquer relação sexual (conjunção carnal ou ato libidinoso) com menor de 14 anos, ou com aqueles a eles equiparados⁹¹.

Salienta-se, ainda, que a Lei n. 12.015/2009, revogou o art. 224 do Código Penal, que referia-se a presunção de violência, justificadamente, porque passou a tratar os elementos que determinavam a presunção de violência, como critérios para a vulnerabilidade, que a partir das alterações trazidas pela lei passaram a fazer parte do art. 217-A.

⁹¹BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

CAPÍTULO III – DISCUSSÕES QUE ENVOLVEM O DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Antes de apresentar as teses contrárias e favoráveis a relativização do delito de estupro de vulnerável é importante conceituar a presunção de inocência, vulnerabilidade e vulnerabilidade absoluta ou relativa.

Pela leitura do revogado artigo 224 do Código Penal, entende-se que presunção de violência pode ser conceituada como a prática de ato sexual ou ato libidinoso contra menor de 14 anos, pessoa alienada ou débil mental – caso em que o agente devia estar ciente dessa circunstância ou, ainda, se a vítima não pudesse oferecer resistência por qualquer outra causa.

O artigo 224 foi revogado pelo artigo 7º da Lei n.º 12.015/2009, tendo em vista a criação do artigo 217-A, tipo autônomo denominado estupro de vulnerável. Para Damásio de Jesus, o legislador apenas substituiu a presunção de violência, pela designação de vítimas vulneráveis, vez que o novo tipo apresenta o mesmo rol de pessoas que, em tese, não possuem o necessário discernimento para a prática do ato sexual⁹².

Sobre o assunto Bitencourt assevera:

[...] o legislador, *dissimuladamente*, usa as mesmas circunstâncias que foram utilizadas pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual*. Constatase que o legislador anterior foi *democraticamente transparente* (mesmo em período de ditadura), ou seja, destacou expressamente as causas que levavam à *presunção de violência* [...]; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deveria redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma *presunção de violência*, porém *disfarçadamente*, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei⁹³.

Assim, considerando que só houve a criação de um novo rótulo, verifica-se que não há distinção entre presunção de violência e vulnerabilidade. No entanto, para doutrina majoritária existe diferença entre vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa.

A primeira considera o menor de 14 anos absolutamente vulnerável, não se admitindo prova em contrário quanto a sua capacidade de consentir validamente, ou seja,

⁹²JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Especial – Volume 3**. 20ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 156.

⁹³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 226.

praticado o ato sexual, logo, estaria caracterizado o crime. Já a vulnerabilidade relativa, consiste na ideia de que, a depender do caso concreto, o menor de 14 anos tem capacidade de consentir.

3.1 DAS TESES CONTRÁRIAS

Como já mencionado a Lei n. 12.015/2009 reformou a parte especial do Código Penal que trata sobre os crimes sexuais, inclusive alterou sua terminologia para tutelar dignidade sexual.

Tal reforma visou combater a exploração sexual dos menores de 18 anos, principalmente o crescente número de casos de pedofilia, além de buscar uma maior efetividade ao art. 227, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁹⁴.

Diante disso, parte da doutrina argumenta que não é possível relativizar o crime de estupro de vulnerável, pois proteger a liberdade sexual dos menores é proteger a dignidade da pessoa humana, ou seja, não deveria o Estado mitigar um direito fundamental e sim garanti-lo⁹⁵.

Sobre o tema, Francisco Muñoz Conde escreve que a proteção conferida aos menores busca proteger mais que a liberdade sexual, pois pretende-se proteger a liberdade futura, ou seja, a normal evolução e desenvolvimento da personalidade da criança ou adolescente, para que, quando adultos, decidam livremente sobre os atos da vida sexual⁹⁶.

Nesse sentido, visando garantir a proteção integral das crianças e adolescentes, o Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do Recurso Especial n. 1.480.881-PI

⁹⁴BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em: 20/09/2018, às 15h.

⁹⁵GARCIA, Victória Domingues Ribeiro. **A mitigação da presunção de violência nos casos de estupro de vulnerável**. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/6801/6483>> acesso em 19/11/2018, às 17h.

⁹⁶CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal — Parte Especial**. 12ª Edição. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 1999, p. 196.

(2014/0207538-0), pacificou o entendimento de que deve ser considerado o critério absoluto de vulnerabilidade quando da análise do delito previsto no art. 217-A, dispondo que para a caracterização do crime mencionado, basta que o agente pratique conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos, pois o consentimento, eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o acusado e a vítima, não afastam a tipicidade do crime⁹⁷.

Tal entendimento, também restou firmado na Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça que aduz:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente⁹⁸.

No mesmo sentido, o Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 97.052/PR, argumenta que:

A matéria já está sedimentada, tendo ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao apreciar a matéria, assentado que a presunção de violência, ainda que haja o consentimento da ofendida, é absoluta⁹⁹.

Não obstante, o Ministro Sebastião Reis Junior defende a tese de que devido à necessidade de se manter a segurança jurídica das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, é necessário que seja assegurado o entendimento dos tribunais superiores quanto ao critério absoluto do delito de estupro de vulneráveis.

HABEAS CORPUS. ESTUPRO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA E LESÃO CORPORAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES. ART. 224, A, DO CP. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. OCORRÊNCIA. LESÃO CORPORAL SIMPLES. PRESCRIÇÃO. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS. MANIFESTO

⁹⁷BRASIL. BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.480.881-PI (2014/0207538-0). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Data do Julgamento 26/03/2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>, acesso em: >, acesso em 18/04/2018, às 02h.

⁹⁸BRASIL. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97052/PR. Primeira Turma. Ministro Dias Toffoli, Data De Julgamento: 25/10/2017, Data De Publicação: Dje 06/11/2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623347/habeas-corpus-hc-97052-pr-stf/inteiro-teor-110023395?ref=juris-tabs>>, acesso em: 18.10.2018, às 23h.

⁹⁹BRASIL. BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas anotadas**. Terceira Seção. Data De Julgamento: 25/10/2017, Data De Publicação: Dje 06/11/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=sumula+593&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>, acesso em: 18.10.2018, às 23h.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. [...] 3. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é absoluta a violência em relação à vítima menor de 14 anos, de que trata o art. 224, *a*, do Código Penal, na redação anterior à Lei n. 12.015/2009. 4. Em decorrência da segurança jurídica, a vinculação ao precedente judicial é essencial para que a sociedade confie no Poder Judiciário. Portanto, desarrazoado o desrespeito à jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores, em particular no Supremo Tribunal Federal [...] ¹⁰⁰.

Ademais, afim de enrijecer o entendimento dos tribunais superiores, em setembro do corrente ano foi aprovada a Lei de n.º 13.718/2018, que incluiu a redação da Súmula n. 593 do STJ, como § 5º do artigo 217-A do Código Penal ¹⁰¹.

Por outro lado, em que pese todas as teses apresentadas, a doutrina majoritária defende que a depender das circunstâncias do caso concreto, deve haver a relativização do crime em análise – conforme o exposto no tópico seguinte.

3.2 DAS TESES FAVORÁVEIS

A doutrina majoritária defende a relativização do delito previsto no art. 217-A do Código Penal, argumentando que devido ao grande número de processos no Judiciário, seria impossível analisar as peculiaridades de cada caso concreto, fato por vezes, resulta na punição desproporcional à conduta do agente ¹⁰².

Antes do advento da Lei n.º 13.718/2018, que consagra o caráter absoluto do estupro de vulnerável, alguns doutrinadores argumentavam que para alcançar um julgamento mais justo, em alguns casos o crime de estupro deveria ser desclassificado para infrações menos graves.

Nesse toar, Cesar Roberto Bittencourt defende que:

[...] passar a mão nas coxas, nas nádegas ou no seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado ou roubar um beijo lascivo configuram, a nosso juízo, a contravenção penal do art. 61 da lei especial [...] ¹⁰³.

¹⁰⁰TJMT. APELAÇÃO n. 92564/2015. Relator Luiz Ferreira da Silva. Órgão julgador Terceira Câmara Criminal, Data de julgamento 22/08/2018, publicado em 30/08/2018.

¹⁰¹BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹⁰²GARCIA, Victória Domingues Ribeiro. **A mitigação da presunção de violência nos casos de estupro de vulnerável**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/6801/6483>> acesso em 19/11/2018, às 17h.

¹⁰³BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte especial – Volume 4**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 95.

O autor defende que não há como equiparar o dano causado por beijos ou amassos à conjunção carnal forçada, argumentando, ainda, que a solução para um julgamento mais justo, fundado no princípio da proporcionalidade, tais condutas quando praticadas em locais públicos deveriam ser desclassificadas para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.668/41 – crime de importunação ofensiva ao pudor revogada pela Lei n. 13.718/2018. Já as ocorrências presenciadas somente pelo autor e vítima, ou seja, sem testemunhas presenciais dos fatos e em locais não públicos, o doutrinador entende que pela incidência do princípio da insignificância, a conduta deveria ser considerada atípica¹⁰⁴.

Outros doutrinadores argumentam que devido ao fato do legislador ter atribuído responsabilidade ao maior de 12 anos, respondendo este por suas condutas delitivas por meio de ato infracional, recebendo ainda sanções de cunho educativo, seu consentimento deve ser considerado válido, conforme o caso concreto. Assim o consentimento do adolescente quando livre de qualquer coação, deve ser considerado como causa excludente de ilicitude, tornando-se atípica a conduta.

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci escreve que:

[...] uma menor de 14 anos prostituída, que já tenha tido inúmeros contatos sexuais, com a ciência geral da comunidade, inclusive de seus pais, não poderia ser considerada incapaz de dar o seu consentimento [...]¹⁰⁵.

Ainda há aqueles que argumentam que devido às mudanças ocorridas na sociedade desde a edição do Código Penal, na atualidade, as crianças e adolescentes amadurecem precocemente, estando mais preparadas para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades daí decorrentes e que o principal fundamento da intervenção jurídico penal é tutelar os bens jurídicos, no caso da sexualidade a liberdade sexual, isto é proteger as crianças e adolescentes contra abusos ou violência sexual. Assim, considerando que a presunção de violência, expressa pela vulnerabilidade, é uma ficção jurídica, e a vítima conscientemente e validamente consentiu na relação sexual, não houve lesão ao bem jurídico¹⁰⁶.

¹⁰⁴BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte especial – Volume 4**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 95.

¹⁰⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 144.

¹⁰⁶GARCIA, Victória Domingues Ribeiro. **A mitigação da presunção de violência nos casos de estupro de vulnerável**. Disponível em:

3.2.1 Do Projeto de Lei n. 236/2012

O Projeto de Lei n. 236/2012, propõe um novo Código Penal, com alterações para diversos crimes e também para a criação de novos crimes ainda não previstos no código vigente. Dentre as modificações sugeridas pelo referido projeto, está uma nova redação para o estupro de vulnerável, qual seja:

Estupro de Vulnerável

Art.186. Manter relação sexual, vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos:

Pena - prisão, de oito a doze anos.

§1º Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento. Aumento de pena

§2º A pena será aumentada de um sexto até a metade se resultar gravidez ou doença sexualmente transmissível.

§3º Se o agente pratica crime mediante mais de uma das condutas descritas no caput, a pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.¹⁰⁷

O projeto de lei, propõe a diminuição da faixa etária do crime de estupro de vulnerável, ou seja, propõe que sejam consideradas como vítimas vulneráveis, as crianças de até 12 anos de idade. Os juristas que elaboraram o projeto em tela justificam tal alteração, sob o argumento de que o código penal, deve acompanhar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.089/1990), a qual prevê em seu artigo 2ª, que somente será considerada criança “a pessoa até doze anos de idade incompletos”.

O novo Código, ainda, dispõe em seu artigo 500 que “para efeitos penais, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”¹⁰⁸. Portanto, exclui a vulnerabilidade até hoje estendida aos menores de 14 anos.

Tal projeto, ainda encontra-se em andamento no Senado Federal, podendo ser modificado, ou rejeitado por ele ou pelo Congresso Nacional, ou, ainda, mesmo após

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/6801/6483>> acesso em 19/11/2018, às 17h.

¹⁰⁷BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 236/2012**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>, acesso em: 10/04/2018, às 00h.

¹⁰⁸BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 236/2012**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>, acesso em: 10/04/2018, às 00h.

obter aprovação das referidas casas, pode ser vetado, total ou parcialmente pelo Presidente da República¹⁰⁹.

3.2.1 Das condutas que podem ser praticadas pela vítima

Para que se tenha uma melhor compreensão do comportamento da vítima, nos crimes sexuais, necessário é ter um breve conhecimento acerca da vitimologia, a qual é considerada como estudo do comportamento da vítima, diante da conduta de seu ofensor. Ela é “considerado a relação que esses dois sujeitos desenvolvem na ocorrência do crime, os aspectos psicológicos e as consequências sociais e legais”¹¹⁰.

Em relação aos crimes praticados contra a dignidade pessoal, a vítima pode ter papel fundamental para a prática do crime, provocando ou não a conduta de seu agressor. Nas hipóteses em que ela se coloca voluntariamente em situação de risco, sua conduta deve ser analisada pelo julgador, e por considerar sua participação para a prática do crime, o agente não deverá responder pelo resultado.

Ao dissertar sobre o tema Edgard de Moura Bittencourt, esclarece o seguinte:

Quando a lei diz constranger, induzir e seduzir, está admitindo a obtenção da posse da mulher contra a vontade desta ou mediante sua vontade viciada. A participação da vítima no constrangimento, induzimento ou sedução, revelada em profundidade de análise, poderá definir-se contra as aparências que dão origem a grandes injustiças¹¹¹.

Nessa perspectiva, ressalta-se que o comportamento da vítima tanto deve ser levado em consideração, que possui previsão legal, no art. 59 do Código Penal, sendo uma das circunstâncias judiciais que devem ser analisadas pelo julgador, quando da imposição da pena aos casos concretos, na primeira fase da dosimetria da pena.

¹⁰⁹ FIGUEIREDO, Sonata de. **O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável**. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Sonata de. **O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável**. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min

¹¹¹ Apud. DELFIM, Marcio Rodrigo. **Noções básicas de vitimologia**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12878>, acesso em 10/04/2018, às 23h30min.

Assim, nos casos em que presentes a voluntariedade e autocolocação da vítima em situação de risco, não há que se falar em violação do bem jurídico tutelado, o que torna a conduta completamente atípica.

A vítima também poderá contribuir para a violação do bem jurídico, quando ela anuir o ato praticado por seu agressor, pois a ela é garantido o poder de autodeterminação. Nesses casos, a anuência é considerada como consentimento, o qual é causa supralegal excludente de licitude:

Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que as causas de exclusão da ilicitude não se limitam às hipóteses previstas em lei [...]. Seria impossível exigir do legislador a regulamentação expressa e exaustiva de todas as causas de justificação, seja porque algumas delas resultam de novas construções doutrinárias, seja porque derivam de valores ético-sociais, cujas modificações constantes podem acarretar no desenho de novas causas ainda não previstas em lei, mas que em determinada sociedade se revelam imprescindíveis à adequada e justa aplicação da lei penal. E como essas eximentes não fundamentam nem agravam o poder punitivo estatal – operando exatamente em sentido contrário –, a criação de causas supraleais não ofende o princípio da reserva legal, inseparável do Direito Penal moderno. Para quem admite essa possibilidade, a causa supraleal de exclusão da ilicitude por todos aceita é o consentimento do ofendido¹¹².

Como bem explanado na lição (citação) acima, o consentimento da ofendida sempre foi aceito juridicamente na área criminal, sem interferir no poder punitivo do Estado e sim complementando-o, haja vista as constantes transformações da sociedade.

Entretanto, tal consentimento somente será considerado válido, quando estiver revestido de capacidade. No direito penal, essa capacidade de consentir pode estar atrelada a duas condições, a primeira é que a pessoa responsável por anuir seja capaz de entender o ato que lesa o bem jurídico e suas consequências, ou a partir da capacidade de fato determinada pelo Código Civil.

Importante dizer que, a capacidade prevista no Código Civil, conforme seu artigo 3º, está diretamente relacionada a capacidade de fato para exercer os atos da vida civil, pois há o entendimento de que as pessoas consideradas completamente incapazes (menores de 16 anos), não possuem o completo discernimento. Todavia, no direito penal, essa capacidade poderá ser determinada a partir do “discernimento do adolescente e a sua maturidade diante do ato sexual”¹¹³, além disso, os adolescentes respondem até por seus

¹¹²MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Método, 2014, p. 200.

¹¹³FIGUEIREDO, Sonata de. **O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável**. Disponível em

atos, através da instauração de ato infracional, que visa apurar a prática de delitos por eles praticados e impor medidas de educativas a eles, conforme estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outrossim, a idade média da primeira relação sexual do jovem brasileiro varia em torno de 13,9 a 14,4 anos para o sexo masculino e 12 a 16 para o sexo feminino, sendo que, em quase todas as capitais, mais de 10% das crianças e adolescentes entre 10 a 14 anos já tiveram uma relação sexual¹¹⁴.

Apesar das relações sexuais completas com penetração serem “mais frequentes entre 13 e 15 anos, as experiências sexuais iniciais acontecem muito antes disso, pois cerca de 20% das crianças entre nove e dez anos já mantiveram contatos eróticos, como beijo de língua e toque sem roupa, com seus namorados¹¹⁵. Assim, por todos os argumentos já expostos entende-se que o legislador deveria retirar do ordenamento jurídico condutas que tornaram-se aceitas pela sociedade.

3.2.3 Do entendimento jurisprudencial dos tribunais inferiores

A jurisprudência dos tribunais inferiores tem entendido pela absolvição do acusado, isso porque os magistrados tendem a levar em consideração as circunstâncias de cada caso concreto, como por exemplo: se tal conduta merece reprovabilidade e a capacidade de consentir da vítima. Eles buscam através de suas decisões apresentar resposta proporcional ao caso, de modo que seja analisado se houve ou não a violação do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal e se realmente se faz necessária a intervenção do Estado.

Nesse toar, imprescindível trazer à baila o recentíssimo julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, publicado em 05 de abril de 2018, que expressa de forma consistente o entendimento até explanado.

<<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹¹⁴ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete da. **Juventude e a sexualidade**. Brasília: Unesco Edições, 2004, p. 70-71.

¹¹⁵D'Elboux, Yannik. **Jovens começam vida sexual cada vez mais cedo**; veja como agir. In: UOL, Estilo de Vida. 19.05.2015. Disponível em: <<https://estilo.uol.com.br/gravidez-e-filhos/noticias/redacao/2015/05/19/jovens-comecam-vida-sexual-cada-vez-mais-cedo-veja-como-agir.htm>>, acesso em 18/10/2018 às 15h.

APELAÇÃO CRIMINAL. NOVA APRECIÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A, CAPUT E ART. 234, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, NA FORMA DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL). JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DO ARTIGO 1.030 II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. ABSOLVIÇÃO PELA INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. VÍTIMA ADOLESCENTE DE 13 ANOS DE IDADE E RÉU JOVEM DE 21 ANOS. VIOLÊNCIA OU COAÇÃO MORAL INEXISTENTES. INÍCIO DE RELAÇÃO PREEXISTENTE ANTERIOR A RELAÇÃO SEXUAL. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. PECULIARIDADES EXCEPCIONAIS DO CASO CONCRETO QUE REVELAM A INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. "Não obstante, não se desconheça recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial Repetitivo n.º 1.480.881/PI - tema 918 - no sentido de não ser possível relativizar a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, a questão merece maior reflexão. Em situações como a verificada neste caso concreto, deve-se reconhecer a excepcionalidade, uma vez que a vítima além de ter consentido com a consecução do ato sexual, mantinha um relacionamento encoberto, podendo-se afirmar ser um casal jovem, composto pelo réu com recém completados 20 anos e pela vítima, com 13 anos e 5 meses de vida." A vulnerabilidade do adolescente com idade entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos, embora se presuma, deve ser tratada como questão de fato, passível, portanto, de afastamento se as circunstâncias do caso concreto permitirem atestar, com a devida segurança, que a dignidade sexual do menor não foi comprometida dada a inexistência de fragilidade para os assuntos concernentes a sua intimidade.¹¹⁶

Finalmente, conforme demonstrada na decisão acima, assiste razão a Ministra Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, vez que o caráter etário previsto no crime de estupro não pode ser considerado isoladamente, despendido de qualquer outro elemento, este deve sim ser analisado pelo juiz da causa a partir do desenvolvimento psicológico e maturidade da vítima, a qual apresente o entendimento claro dos atos sexuais por ela praticado.

¹¹⁶BRASIL. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo: APR 00011930720138240081 Xaxim 0001193-07.2013.8.24.0081. Órgão Julgador: Quinta Câmara Criminal. Relatora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Julgamento 05/04/2018. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564057902/apelacao-criminal-apr-11930720138240081-xaxim-0001193-0720138240081>>, acesso em 18/04/2018, às 02h.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do panorama histórico apresentado, verifica-se que o crime de estupro sofreu relevantes alterações ao longo do tempo, sobretudo no que se refere ao bem jurídico tutelado em sua tipificação.

Nesse contexto de mudanças, destaca-se as alterações promovidas pela Lei n. 12.015/2009, a qual buscava por meio da criação do delito de estupro de vulnerável, encerrar os debates travados acerca da interpretação, relativa ou absoluta, da presunção de violência, antes prevista no artigo 224, do Código Penal.

Todavia, em que pese a pretensão do legislador em conferir maior tutela a dignidade sexual dos adolescentes menores de 14 anos, enfermos e deficientes mentais e daqueles que por qualquer outra causa não possam oferecer resistência, a alteração da lei não sanou a discussão sobre a possibilidade de relativização da presunção de violência, agora, denominada vulnerabilidade.

Sendo assim, observa-se que a embate apresentado é válido e relevante, visto que o aplicador da lei, deve interpretá-la de acordo com as mudanças sociais, sempre considerando os princípios basilares do Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima e da proporcionalidade.

Diante disso, desconsiderar as peculiaridades do caso concreto em razão do critério absoluto externado pela legislação, viola os princípios apresentados, além de ser demasiadamente prejudicial para a justiça, vez que a diversidade social, cultural e religiosa, é capaz de conceber, em alguns casos, que a prática sexual com adolescentes, de 12 a 14 anos, não atinge ao bem jurídico tutelado.

Outrossim, a própria inconsistência de padrões etários na presente legislação brasileira justifica a discussão sobre o caráter relativo da vulnerabilidade, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente aduz que os adolescentes são sujeitos de direitos e confere autonomia aos adolescentes, desde os 12 anos de idade para consentir com a colocação em família substituta, viajar pelo território nacional desacompanhado, bem como, por admitir que sejam capazes de compreender a ilicitude dos seus atos, aplicam-lhes medidas socioeducativas quando da apuração de ato infracional.

Por outro lado, o Código Penal permanece travado na idade de 14 anos, sem qualquer fundamento que justifique tal critério etário, senão a moralidade da época da

criação do referido Código, a qual não mais se molda a sociedade atual.

Com efeito, é inadmissível acreditar o adolescente contemporâneo possua o mesmo nível de vulnerabilidade que aqueles de 1940, ano em que entrou em vigor o Código Penal Brasileiro, ou seja, a mais de 78 anos, pois hoje tanto as crianças como adolescentes possuem facilidade de acesso a informações, até sobre à sexualidade.

Assim, considerando que em casos concretos é possível observar adolescentes com discernimento sobre questões sexuais, adquiridas de experiências anteriores ou das informações que contribuíram para a sua formação e desenvolvimento, existindo consentimento para a prática sexual, não se justifica a aplicação de sanção penal decorrente do ato.

Sobretudo, existindo outras peculiaridades no caso concreto que comprovem a não violação do bem juridicamente tutelado pelo artigo 217-A, do Código Penal, tais como a ausência de violência ou grave ameaça, somada a anuência da vítima, o conceito de vulnerabilidade deve ser considerado relativo, excluindo-se a tipicidade do crime.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete da. **Juventude e a sexualidade**. Brasília: Unesco Edições, 2004.

ANGELO, Vitor Amorim de. **Constituição de 1988: Contexto histórico e político**. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/constituicao-de-1988-1-contexto-historico-e-politico.htm?mobile>>, acesso em 20/06/2018.

BERTASSO, Marcelo. **O desproporcional “estupro de vulnerável”**. Disponível em: <<https://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>>, acesso em: 19/11/2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial: dos crimes contra dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral – Volume 1**, 19º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte especial – Volume 4**. 5º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BRASIL. BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.480.881-PI (2014/0207538-0). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Data do Julgamento 26/03/2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>, acesso em: >, acesso em 18/04/2018.

BRASIL. BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas anotadas**. Terceira Seção. Data De Julgamento: 25/10/2017, Data De Publicação: Dje 06/11/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=sumula+593&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>, acesso em: 18.10.2018.

BRASIL. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97052/PR. Primeira Turma. Ministro Dias Toffoli, Data De Julgamento: 25/10/2017, Data De Publicação: Dje 06/11/2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623347/habeas-corpus-hc-97052-pr-stf-inteiro-teor-110023395?ref=juris-tabs>>, acesso em: 18.10.2018.

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em: 20/09/2018.

BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de dezembro de 1890**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>, >, acesso em: 05/05/2018.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>, acesso em: 05/05/2018.

BRASIL. **Ordenações Filipinas**, Livro V, Título XVII. Disponível em:
<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm>>, acesso em: 05/05/2018.

BRASIL. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo: APR 00011930720138240081 Xaxim 0001193-07.2013.8.24.0081. Órgão Julgador: Quinta Câmara Criminal. Relatora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Julgamento 05/04/2018. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564057902/apelacao-criminal-apr-11930720138240081-xaxim-0001193-0720138240081>>, acesso em 18/04/2018.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 236/2012**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>, acesso em: 10/04/2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)**. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal — Parte Especial**. 12ª Edição. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 1999.

Congresso Nacional. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito**. Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence>>, acesso em: 30/03/2018.

D'Elboux, Yannik. **Jovens começam vida sexual cada vez mais cedo**; veja como agir. In: UOL, Estilo de Vida. 19.05.2015. Disponível em:
<<https://estilo.uol.com.br/gravidez-e-filhos/noticias/redacao/2015/05/19/jovens-comecam-vida-sexual-cada-vez-mais-cedo-veja-como-agir.htm>>, acesso em 18/10/2018.

DELFIM, Marcio Rodrigo. **Noções básicas de vitimologia**. Disponível em:
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12878>, acesso em 10/04/2018.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Edusp FDE, 2001.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

FIGUEIREDO, Sonata de. **O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável**. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018.

FIQUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: Editora RCS, 2015.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>, acesso em 20/09/2018.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Victória Domingues Ribeiro. **A mitigação da presunção de violência nos casos de estupro de vulnerável**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/6801/6483>> acesso em 19/11/2018.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Editora Companhia das letras, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3ª Edição. Rev. atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, Volume III**. 14ª Edição. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Especial – Volume 3**. 20ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Lourenço, B., & Queiroz, L. **Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência**. Revista De Medicina, 89(2), 2010, p. 74. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.1679-9836.v89i2p70-75>>, acesso em: 19/11/2018.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Método, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral**. São Paulo: Editora Método, 2008.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

NETTO. Alamiro Velludo Salvador. **Estupro bilateral: um exemplo limite**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N. 202. 2009.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal** - Volume 1/4. São Paulo: Editora Saraiva, 1973-77.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável art. 217-A do Código Penal**. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2591/o-principio-proporcionalidade-insignificancia-estupro-vulneravel-art-217-codigo-penal>>, acesso em 19/11/2018.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012.

SILVA, José Geraldo da. **Teoria do Crime**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Millennium, 2007.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Breves considerações sobre a história da pena no direito brasileiro**. Volume 2. Revista Cesumar Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, n. 3, 1998.

SOUTO, Náyla Maria França. **Art. 217 – A, do Código Penal Brasileiro: Relativização do Critério Etário no Estupro de Vulnerável**. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/62992174-Centro-universitario-de-ensino-sao-lucas-curso-de-direito-nayla-maria-franca-souto.html>>, acesso em: 05/05/2018.

STF. HABEAS CORPUS n.137.422/SC. Relator Min. Ricardo Lewandowski, Órgão julgador Segunda Turma, Data de julgamento 28/03/2017, publicação em 06/04/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12699147>>, acesso em 19/11/2018.

TJMT. APELAÇÃO n. 92564/2015. Relator Luiz Ferreira da Silva. Órgão julgador Terceira Câmara Criminal, Data de julgamento 22/08/2018, publicado em 30/08/2018.

TONELLO, Luis Carlos Avansi. **Curso de Direito penal brasileiro; parte geral**. 4ª Edição. Cuiabá: Editora Janina, 2009.