



**UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

TICIANA LIMA CORDEIRO DA COSTA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Brasília – DF

2012

TICIANA LIMA CORDEIRO DA COSTA

## **ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof. Eneida Taquary

Brasília – DF

2012

## AGRADECIMENTO

*Agradeço aos meus pais,  
Ana Cristina Lima e José Carlos Costa,  
por toda dedicação, apoio e compreensão  
incondicionais ao longo da minha vida.  
Ao meu irmão, Leonardo Lima, pela amizade  
desde berço. A minha orientadora,  
Eneida Taquary, pela confiança em mim  
depositada. E, finalmente, ao Fábio Autran  
pelo carinho, amor e paciência  
durante esta etapa de minha vida.*

## RESUMO

A presente monografia pretende analisar o estupro de vulnerável, instituído pela Lei n. 12.015 de 2009, em face da legislação brasileira, tendo em vista a relevância jurídica e social do objeto juridicamente tutelado deste delito. Ora, é sabido que a criança e o adolescente - vulneráveis, nos termos da lei - são pessoas em desenvolvimento físico e psíquico, devendo ser protegidas por seus pais, pelo Estado e pela sociedade em geral, inclusive porque um trauma sofrido na tenra idade pode trazer consequências irremediáveis. Para tanto, serão observadas todas as nuances relativas aos delitos sexuais, desde os primórdios da humanidade até os dias atuais, inclusive quanto à aceitação social dos atos sexuais em si, de modo a compreender a nítida evolução normativa. Ademais, discutiremos o instituto da presunção de violência, outrora previsto no artigo 224 do Código Penal, responsável por notável divergência doutrinária e jurisprudencial. Por fim, analisaremos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para uma análise prática das matérias em debate.

**Palavras-chave: Direito Penal. Estupro de vulnerável. Lei n. 12.015. Presunção de violência.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 DOS CRIMES SEXUAIS: ABORDAGEM INICIAL .....</b>	<b>9</b>
1.1 Os crimes sexuais no Brasil .....	14
1.2 A presunção de violência .....	16
1.3 Do Código Penal de 1940 às inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009 ...	19
1.4 Lei n. 12.015/2009 .....	24
<b>2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS GERAIS .....</b>	<b>29</b>
2.1 Do Estatuto da Criança e do Adolescente .....	31
2.2 Do Código Civil: a incapacidade pela menoridade .....	32
2.3 Do Código Penal .....	35
<b>3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A VULNERABILIDADE .....</b>	<b>39</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>47</b>

## INTRODUÇÃO

O Código Penal de 1940 previu, em sua origem, o instituto da presunção de violência, no seu artigo 224, nos casos em que a vítima dos delitos sexuais fosse, dentre outras hipóteses, menor de 14 anos, nos seguintes termos: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra coisa, oferecer resistência”. Entretanto, ante a análise dos casos concretos, diversas dúvidas surgiram na doutrina e jurisprudência quanto ao caráter absoluto ou relativo do referido instituto.

Isto porque o legislador imprimiu certa subjetividade quando estabeleceu a presunção de violência, deixando espaço para as diversas interpretações jurídicas. Assim, na análise dos processos judiciais, os juristas se deparavam com situações que fragilizavam a ideia de inocência da vítima, como, por exemplo, quando ficava comprovado o histórico sexual da criança.

Nestes casos, alguns aplicadores do direito tendiam a relativizar a presunção de violência, admitindo prova em contrário, ou seja, mediante comprovação de que a vítima tinha condição de consentir validamente, uma vez que compreendia os atos praticados, ou porque tinha experiência sexual, não cabendo a aplicação da presunção de violência, resultando, portanto, na absolvição do acusado.

Em contrapartida, existiam aqueles que entendiam pelo caráter absoluto desta presunção, aplicando a lei tal como estabelecida pelo legislador, condenando o acusado toda vez que ficasse comprovada a prática de relação sexual com aqueles indicados no antigo artigo 224 do Código Penal.

Neste contexto, em 2009 foi promulgada a Lei n. 12.015 que revogou expressamente o artigo 224 do Código Penal, e inseriu os artigos 217-A e 218, destinados à tutela específica dos vulneráveis (menores de 14 anos).

Essa alteração representou significativa alteração na forma em que são acusados e julgados os autores dos crimes sexuais praticados contra menor de 14 anos, uma vez que inseriu a idade da vítima como circunstância elementar do tipo.

Assim, atualmente, para incidir nas penas previstas nos artigos 217-A e 218 do Código Penal, é necessário apenas que o ato sexual seja praticado contra vítima menor de 14 anos, configurando crime contra vulnerável.

Não se trata mais apenas de uma presunção de violência, podendo esta ser relativizada ante a comprovação de atos capazes de macular essa presunção. Não cabe mais ao judiciário promover a acareação de provas capazes de desfazer a fragilidade e inocência da vítima. A partir de 2009, todas as pessoas que praticarem atos sexuais contra menores de 14 anos, independentemente de violência real ou grave ameaça, incorrerão nas penas previstas pelos artigos 217-A e 218.

Há quem diga que se trata de uma absorção da presunção de violência em seu caráter absoluto. Por outro lado, ainda há quem discorde, imputando a relatividade ao novo tipo penal. A jurisprudência, em seu turno, tem sido clara ao aplicar o tipo penal tal como descrito, condenando todos os agentes que incorrem na prática do delito sexual contra menor de 14 anos, ainda que a vítima tenha anterior experiência sexual.

O presente trabalho visa analisar o delito estupro de vulnerável, inserido pela Lei n. 12.015 de 2009, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, considerando inclusive os motivos norteadores do legislador em estabelecer um tipo penal destinado à proteção das pessoas menores de 14 anos.

Ora, a Constituição Federal de 1988, Lei Maior do nosso ordenamento jurídico, estabeleceu a proteção integral à criança e ao adolescente, atribuindo responsabilidade aos pais, ao Estado e à sociedade em geral, de modo a permitir o pleno desenvolvimento da pessoa, “assegurando 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”, nos termos de seu artigo 227. Ainda, previu a necessidade de protegê-los de forma prioritária a toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Entretanto, sabendo que a Carta Magna apenas prevê fundamentos e diretrizes do Estado Democrático de Direito, coube à legislação ordinária tutelar de

forma específica os sujeitos de direito em questão para dar eficácia aos dizeres constitucionais.

Assim, em 1990, foi promulgada a Lei n. 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo “ser criança a pessoa até os 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”.

Nota-se uma verdadeira discrepância quanto à idade escolhida pelo legislador brasileiro. Porque o legislador penal, quando da abordagem do crime sexual praticado contra vulnerável, estabeleceu a idade de 14 (catorze) anos enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança a pessoa até os 12 (doze) anos e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos?

Para alcançar o objetivo deste trabalho, recorreremos à historicidade dos crimes sexuais, na Europa e no Brasil, analisando a forma como foram encarados e tipificados no decorrer dos séculos. Nesta oportunidade, verificaremos a obrigatoriedade da violência bruta para a configuração dos delitos sexuais nos séculos mais remotos, bem como o surgimento da percepção de uma violência moral capaz de aniquilar a vontade da vítima.

Em seguida, analisaremos o instituto da presunção de violência, prevista no antigo artigo 224 do Código Penal. Então, estudaremos as últimas evoluções normativas dos crimes sexuais ocorridas pelas Leis n. 11.106/2005 e 12.015/2009, para que possamos compreender o instituto do estupro de vulnerável.

Ainda, dedicaremos nosso estudo ao enfoque do ordenamento jurídico brasileiro à tutela da criança e do adolescente, analisando as peculiaridades da Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil e Código Penal.

Por fim, nos recorreremos à análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, relativos a processos anteriores e posteriores ao advento da Lei 12.015 de 2009, para que possamos concluir o presente trabalho, levando em consideração a aplicação prática das teorias debatidas.



## 1 DOS CRIMES SEXUAIS: ABORDAGEM INICIAL

Desde os primórdios da humanidade, o homem se depara com crimes bárbaros, cometidos mediante violência bruta. Contudo, a maneira como são encarados e, até mesmo, punidos varia no decorrer dos anos. Segundo Georges Vigarello, “a cultura criminal se aprimora na medida em que a sociedade se desenvolve, o Estado se afirma, as instituições se ajustam e a consciência humana amadurece”<sup>1</sup>.

A sociedade dos séculos XVI e XVII, de acordo com Georges Vigarello, foi marcada por um evidente antagonismo, pois “ao mesmo tempo que rejeitava, tolerava os atos brutais”<sup>2</sup>. Ora, muitos delitos, embora severamente condenados pelos textos do direito clássico, àquela época, eram pouco investigados e penalizados pelos juízes. A violência bruta seria justificada pela necessidade do indivíduo em se autoprotger, preferindo a vingança pessoal, cujo resultado é provável e rápido, a uma instituição judiciária, cujo julgamento é distante e incerto.<sup>3</sup>

O autor Georges Vigarello apresenta relatos, dos séculos XVI e XVII, de homens que descrevem friamente os crimes sexuais praticados, que permaneceram impunes, demonstrando a extrema tolerância da sociedade frente a crimes bárbaros, tal como o caso de Auxerre(1733) assim relatado: “quatro soldados estupraram uma passageira e, diante da reação da mulher e da ajuda de testemunhas, os soldados se viram obrigados a feri-los, matando o dono da carruagem e deixando um marinheiro ferido. Embora o processo tenha se iniciado, os soldados pagaram pelo silêncio das vítimas e os crimes ficaram impunes”.<sup>4</sup>

Contudo, ressalta o referido autor que não se tratava de ausência de leis ou impunidade generalizada. Ao contrário, a justiça, àquela época, baseava-se na ideia de amedrontamento, cujas penas eram demasiadamente severas, na tentativa de repelir drasticamente o injusto de modo a servir de exemplo para os demais membros da sociedade.

---

<sup>1</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p.p. 16-17

<sup>2</sup> Ibidem. p. 13.

<sup>3</sup> Ibidem. p.p. 13-17.

<sup>4</sup> Ibidem. p.p. 15-16

Entretanto, esta sociedade, em que a violência era utilizada de forma legítima para combater a violência, estava repleta de crimes que não eram sequer investigados.<sup>5</sup>

O autor aponta diversas causas possíveis para tamanha impunidade, como, por exemplo, “a impotência dos magistrados diante a ausência de colaboração social, a inexistência de uma polícia judiciária eficaz, a cultura da época em se analisar o crime pelo aspecto moral, minimizando a violência frente ao pecado, e a dificuldade em se obter provas sólidas, além da significativa fragilidade da mulher, que ficava marcada na sociedade pela imoralidade do ato sexual”.<sup>6</sup>

Outrossim, durante os séculos XVI – XVIII, as penas eram aplicadas proporcionalmente ao crime praticado, levando em consideração todos os elementos do caso em concreto e a relevância do bem juridicamente protegido, sempre buscando, porém, o castigo corporal. Nesta esteira, afirma Georges Vigarello, que “o erro do acusado é agravado pela fraqueza ou inocência da vítima”<sup>7</sup>. Assim, “o estupro de uma jovem impúbere é mais condenável do que o de uma mulher adulta”<sup>8</sup>.

A condição social da vítima também era elemento norteador da gravidade dos crimes e, por conseguinte, das penas, por se tratar de uma sociedade de classes: “uma violência feita a uma escrava ou a uma doméstica é menos grave do que a feita a uma moça de condição honesta”<sup>9</sup>, ou ainda, “A pobreza do autor do estupro, ao contrário, aumenta a gravidade de seu gesto”<sup>10</sup>, aduz o autor.

Georges Vigarello apresenta, ainda, algumas mudanças significativas que ocorreram na consciência da sociedade na segunda metade do século XVIII. “Embora não resulte em uma imediata alteração legislativa e processual, ressalta, a violência, principalmente a utilizada pelos tribunais, passa a ser encarada sob uma nova perspectiva. Os rituais de justiça, conhecidos como suplícios, são menos

---

<sup>5</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p.p.15-18.

<sup>6</sup> Ibidem. p.p. 17-63.

<sup>7</sup> Ibidem. p. 19

<sup>8</sup> Ibidem. p. 19.

<sup>9</sup> Ibidem. p. 23.

<sup>10</sup> Ibidem. p. 23.

aceitos. Isto porque a sociedade tende cada vez menos a tolerar os atos de sangue. A sociedade começa a se preocupar em distinguir os crimes cometidos contra pessoas daqueles praticados contra coisas. Por fim, há uma separação da gravidade moral da social, dissociando o aspecto religioso do ato ao violento”.<sup>11</sup>

Quanto aos crimes de estupro, a mudança cultural se evidencia apenas na opinião pública, demonstrada por meio de relatos em periódicos e manifestações populares de revolta, principalmente quando praticados contra crianças, abrindo espaço para o nascimento de um ideal igualitário.<sup>12</sup>

No final do século XVIII, alega o autor que a imagem da criança sofreu transformações, “intensificando a ideia de fragilidade”.<sup>13</sup> Contudo, ressalta que já estava presente naquela época “a persistência de uma dúvida sobre o comportamento das jovens vítimas, a interminável discussão sobre a sua possível libertinagem”.<sup>14</sup> Havia, pois, uma dificuldade em se apurar o delito, diante da ausência de provas concretas, e em virtude da dúvida quanto a uma possível aceitação da vítima, uma vez que permeava a ideia de que uma mulher teria força suficiente para repelir o injusto, se fosse de sua vontade.

Desde aquela época, os supostos conhecimentos sexuais da vítima, anteriores ao delito, descritos como “devassidão” por Georges Vigarello, atenuavam a responsabilidade do agressor.<sup>15</sup>

Em 1789, com o advento da Constituição da França, cujo preâmbulo, destaca Georges Vigarrelo, cria o “primeiro dos direitos” (“Todo homem é o único proprietário de sua pessoa e essa propriedade é inalienável”), o estupro toma novas proporções. O Código Penal de 1791 cria um dispositivo especialmente voltado a punir o estupro, observando a violência sexual pelo seu aspecto relativo à violência física e à ameaça social.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p.p. 67-71.

<sup>12</sup> Ibidem. p.p. 73-76.

<sup>13</sup> Ibidem. p.p. 81-87.

<sup>14</sup> Ibidem. p. 90

<sup>15</sup> Ibidem. p.p. 90-92.

<sup>16</sup> Ibidem. p. 92.

Outro princípio trazido pelo Código de 1791 “reside no abandono de toda referência religiosa no julgamento do crime, na prioridade atribuída à ameaça social, em lugar do conteúdo moral”.<sup>17</sup> Essa inovação é fundamental para tratar o crime de estupro como crimes e atentados contra pessoas ao invés de crimes contra a moral social ou à família.

Ressalta-se que “o homem era reconhecido como o patriarca, responsável pela manutenção da ordem da casa”. Assim, ainda que a “declaração dos direitos” tenha concedido relativa autonomia e independência às mulheres, os costumes ainda reinavam na sociedade. A principal vítima seria para a justiça não a mulher que sofreu o estupro, mas sim o seu marido, pai ou tutor, pela ofensa moral ao homem ou à família. “Os costumes se impõem, acima da lei”, afirma o autor Georges Vigarello.<sup>18</sup>

Embora não tenha havido uma mudança repentina, os novos códigos permitiram uma alteração lenta e contínua da cultura da sociedade.

Nos termos de Georges Vigarello, “o novo pensamento jurídico sobre a autonomia e a individualidade aguçou a procura de limiares de consciência e de imputabilidade”.<sup>19</sup> Neste sentido, ficou estabelecido que até os 16 anos completos, a criança não teria a necessária consciência em aquiescer com o delito sexual, não sendo possível, portanto, a condenação social da vítima. Assim, tornou-se incabível a alegação de aceitação ao ato sexual, ainda que expressa, da vítima menor de 16 anos, devendo o injusto ser repellido pelo simples fato de não ter a vítima idade suficiente para emitir um consentimento válido.

O início século XIX foi marcado por uma tolerância ainda menor à violência, em que não eram mais admitidas as penas de sangue. Ademais, trata-se de uma época em que os relatos dos crimes, bem como dos julgamentos, tornam-se ainda mais evidentes, e as estatísticas criminais mais expostas ao público. “É neste

---

<sup>17</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p.97.

<sup>18</sup> Ibidem. p.p. 92-95.

<sup>19</sup> Ibidem. p.p. 97-100.

século que a ideia de que o estupro somente seria praticado em zonas rurais afastadas é superada”, conforme expõe Georges Vigarello.<sup>20</sup>

Em contrapartida, “o novo Código Penal, redigido entre 1808 a 1810, restaurou a desigualdade entre homens e mulheres no âmbito familiar e alguns suplícios, de modo a manter uma parcela do terror jurídico”<sup>21</sup>. A referida legislação especificou e graduou ainda mais as violências sexuais tipificadas, a fim de individualizar a atuação de cada indivíduo, permitindo uma punição mais adequada e proporcional ao injusto praticado. Ademais, criou um novo título para reunir todos estes delitos, chamado de “Os atentados aos costumes”.

O artigo 331, por exemplo, “cria o instituto do atentado violento ao pudor, diferenciando determinados gestos do estupro em si, e permitindo a figura do homem como sujeito passivo do delito, bem como o instituto da tentativa, não punido até então”.<sup>22</sup>

Cumprе salientar que, até essa época, apenas era compreendido como meio de coação da vontade e consciência da mulher a violência física, razão pela qual os crimes em que esta não restasse configurada não eram punidos. Estava consolidada a ideia de que a mulher só poderia ser vítima quando o estupro fosse cometido por vários homens, de modo a cercear todos os seus meios de defesa, uma vez que pelo entendimento da época, a mulher teria forças suficientes para repelir um homem só.

No início do Século XIX, contudo, surgiram os primeiros debates acerca da existência de outra categoria de violência, senão a violência física, capaz de anular a vontade da pessoa.<sup>23</sup>

Em 1832, na oportunidade de revisão do Código Penal, os legisladores, ao invés de denominarem uma nova espécie de violência, preferiram definir a idade (11 anos) como critério determinante para a existência de um crime sexual, ainda

---

<sup>20</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p.p. 111-118.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 120.

<sup>22</sup> Ibidem. p. 121.

<sup>23</sup> Ibidem. p.p. 133-136.

que reste configurada a violência física.<sup>24</sup> Afirma Georges Vigarello que “a lei de 1863, por exemplo, prolonga a de 1832, aumentando de 11 para 13 anos a idade abaixo da qual qualquer atentado ao pudor cometido contra crianças é julgado violento”.<sup>25</sup>

Apenas a partir de 1850 é que a jurisprudência francesa reconhece a violência moral quando o crime é praticado contra mulheres adultas. Assim, passam a ser interpretados como agentes capazes de suprimir a consciência/vontade da vítima, a ameaça, a fraude, a embriaguez, e qualquer outro meio que impeça o livre-arbítrio da pessoa.<sup>26</sup>

O início do século XX foi marcado por movimentos feministas que buscavam o reconhecimento efetivo da liberdade e da igualdade da mulher, na tentativa de legitimar seus atos sem restar configurada uma implícita forma de aceitação da prática sexual. Em 1978, o Senado francês define o crime de estupro como toda forma de ato de penetração sexual empregado por meio da violência, coação ou surpresa, ampliando, portanto, seu significado, e possibilitando que tanto o homem quanto a mulher sejam vítimas do referido delito.<sup>27</sup>

Ademais, neste século, a sociedade passou a tolerar ainda menos a violência sexual praticada contra crianças. Segundo Georges Vigarello, intensificou-se a ideia de que o sofrimento psíquico da criança é um trauma irremediável, cujas consequências afetam seu passado e seu futuro, tendo em vista que se trata de uma pessoa em desenvolvimento. A sensibilidade quanto a este tipo de delito é aguçada também pelo fato de que a sociedade do século XX enxerga na inocência e na potencialidade das crianças a garantia do futuro.<sup>28</sup>

### 1.1 Os Crimes Sexuais no Brasil

No Brasil, no período das grandes navegações, onde predominava o domínio masculino, eram comuns os abusos sexuais de índios e negros. Os

---

<sup>24</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.. p.p. 136-139.

<sup>25</sup> Ibidem. p. 138.

<sup>26</sup> Ibidem. p.p. 139-142.

<sup>27</sup> Ibidem. p.p. 209-216.

<sup>28</sup> Ibidem. p.p. 232-237.

transgressores, à época, eram punidos pela moralidade religiosa da inquisição, desde que fosse do interesse da igreja.<sup>29</sup>

As mulheres sofriam uma série de discriminações, e sequer tinham os mesmos direitos que os homens. Encontravam-se, pois, em uma situação de evidente inferioridade, em razão da nítida desigualdade de tratamento, sujeitando-se, inclusive, a todos os tipos de violências sexuais.<sup>30</sup>

Os movimentos feministas surgiram na tentativa de combater as desigualdades sociais entre homens e mulheres e de estabelecer direitos legais à mulher, tais como, o direito à integridade física, a proteção contra violência doméstica e os direitos trabalhistas.<sup>31</sup>

Em 1940, com o advento do Código Penal, os crimes sexuais foram separados daqueles cometidos contra a família, caracterizando uma inovação quanto às legislações pretéritas, pois passou a analisar o crime sob o prisma da violência sofrida pelo indivíduo e não pela ofensa sofrida pela família. Contudo, esses delitos ainda foram tratados como crime cometido contra os costumes, tutelando a moral social do coletivo.<sup>32</sup>

A Constituição Federal de 1988 promoveu diversas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que estabeleceu fundamentos, diretrizes e objetivos ao Estado Democrático de Direito. Dentre eles, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>33</sup>, como fundamento da República Federativa do

---

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual**: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553), acesso em 02/04/2012 às 15h27.

<sup>30</sup> ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e Assédio Sexual**: Doutrina e Jurisprudência. 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira LTDA, 1999. p. 5.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual**: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553), acesso em 02/04/2012 às 15h27.

<sup>32</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p.p. 5 - 7.

<sup>33</sup> **Constituição Federal, artigo 1º**. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

Brasil, a igualdade entre os homens e as mulheres, e a proteção das crianças e dos adolescentes, de modo a promover o seu desenvolvimento psíquico, social e intelectual, reconhecendo sua situação de fragilidade e intensificando a necessidade em lhe oferecer prioritária e integral proteção.<sup>34</sup>

Neste contexto, em 1990, foi editada a Lei n. 8.069, referente ao “Estatuto da Criança e do Adolescente”, cujo objetivo principal foi dar efetividade à Constituição Federal no que tange à proteção da criança e do adolescente.

A promulgação da Lei n. 12.015/2009 decorreu então da necessidade de adequação do Código Penal, no que se refere aos crimes sexuais, à Carta Magna, bem como à sociedade moderna atual. A principal alteração diz respeito ao objeto jurídico tutelado, que, atualmente, é a dignidade sexual da pessoa humana.<sup>35</sup> Outras modificações importantes foram: a revogação do artigo 224, que tratava sobre a presunção de violência, e a inclusão de tipos penais destinados exclusivamente aos crimes praticados contra os vulneráveis.<sup>36</sup>

Diante uma comparação entre atual Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, verificamos uma incoerência entre as idades estipuladas para a conceituação de criança, adolescente e vulnerável, sendo necessário um estudo mais aprofundado sobre o tema para que se conheça a intenção do legislador infraconstitucional penal acerca do vulnerável em si.

## 1.2 A Presunção de Violência

Originalmente, conforme demonstrado, prevalecia o entendimento de que era necessária a configuração de violência física para a consumação do crime de

---

<sup>34</sup> ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e Assédio Sexual**: Doutrina e Jurisprudência. 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira LTDA, 1999. p.p. 13 - 15.

<sup>35</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2**: parte especial, arts. 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.p. 647 - 649.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual**: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553), acesso em 02/04/2012 às 15h27.



estupro. Somente no final do século XIX e início do século XX foi admitida a “violência moral como ato capaz de suprimir a vontade e consciência da vítima”.<sup>37</sup>

O Código Penal de 1940 previu, em sua origem, a necessidade da violência, grave ameaça ou fraude para a configuração do delito sexual, qualificadora ou causa de aumento de pena. A violência, ora mencionada, “refere-se àquele emprego de força física sobre a integridade corporal de alguém, utilizando-se o próprio corpo ou outros objetos sólidos, líquidos ou gasosos”<sup>38</sup>, de modo a neutralizar a resistência da vítima, assim como a violência contra coisa, desde que recaia diretamente sobre a pessoa, hipótese em que se fala em “violência à pessoa”; e violência contra terceiros, praticada de modo a ceifar a capacidade de ação da vítima.<sup>39</sup>

A ameaça ou grave ameaça é geralmente resultado da coação psíquica. Trata-se de uma violência moral, em que o agente emprega meios que atuam sobre o moral da vítima, atingindo-lhe diretamente ou pessoa que lhe esteja próxima, produzindo-lhe temor, impedindo a capacidade de resistência.<sup>40</sup>

A despeito da violência real, necessária para a configuração dos crimes sexuais, o Código de 1940, antes do advento da Lei n. 12.015/2009, criou o instituto da violência presumida, prevista no antigo artigo 224, nos crimes em que a vítima: “era menor do que 14 (catorze) anos; era alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.<sup>41</sup>

Trata-se nada mais nada menos do que uma efetivação legislativa relativa às preocupações desenvolvidas acerca da criança, cuja ingenuidade e inocência por si só impedem o consentimento válido dos atos sexuais, equiparando-os juridicamente inclusive às pessoas alienadas ou débeis mentais.

---

<sup>37</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p.p. 111-139.

<sup>38</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p.p. 12 - 14.

<sup>39</sup> Ibidem. p.p. 12 - 14.

<sup>40</sup> GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001. p.p. 86 - 98.

<sup>41</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p.p. 14 - 16.

O artigo 224 do Código Penal assegurou, assim, o crime sexual praticado contra o menor, ainda que restasse configurado o consentimento da vítima, não tendo o acusado praticado, portanto, a violência ou grave ameaça necessária para a consumação do crime de estupro.<sup>42</sup> Isto porque prevalecia o entendimento de que estas pessoas não teriam o discernimento necessário para emitir um consentimento válido.

Embora publicados após o Código Penal, tanto a Constituição Federal de 1988, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, preceituam a proteção à criança, ao adolescente e ao jovem como um dos direitos e deveres fundamentais da sociedade, de modo a permitir o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.<sup>43</sup>

Assim, violência presumida fora instituída de modo a tutelar àqueles indivíduos incapazes de compreender o ato em si e, portanto, oferecer resistência. Trata-se de uma “imposição normativa absoluta aos indivíduos que se abstenham de praticar determinados atos com as referidas pessoas”, conforme explica Luiza Nagib Eluf.<sup>44</sup>

Contudo, em se tratando de uma presunção, ao invés de uma imposição legal, este instituto criou uma série de divergência doutrinária e jurisprudencial acerca de seu caráter absoluto ou relativo.

A corrente conservadora, segundo Luiz Flávio Gomes, compreendia pelo caráter absoluto da presunção, sob o argumento de que não cabe ao magistrado “rever ou questionar o critério de idade utilizado pelo legislador”. Nesta esteira, o ato sexual praticado contra menor de 14 (catorze) anos ensejaria a condenação do agente, pela aplicação do artigo 224 do Código Penal, independentemente de ter a vítima anterior experiência sexual ou consentido com o ato.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e Assédio Sexual**: Doutrina e Jurisprudência. 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira LTDA, 1999. p.p. 65 - 73.

<sup>43</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 35.

<sup>44</sup> ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e Assédio Sexual**: Doutrina e Jurisprudência. 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira LTDA, 1999. p.p. 65 - 73.

<sup>45</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 20

A corrente moderna, em contrapartida, compreendia pelo caráter relativo da presunção de violência, admitindo, portanto, prova em contrário. Baseava-se na ideia de que, conforme demonstrado na Exposição de Motivos do Código Penal, o instituto fora criado na tentativa de proteger aqueles que, por sua tenra idade, não compreendiam os atos sexuais, impossibilitando, portanto, de emitir consentimento válido.<sup>46</sup>

Assim, neste último caso, em se comprovando que a vítima, embora menor de 14 (catorze) anos, entendia os atos praticados, devido a anterior experiência sexual, seu consentimento seria considerado válido, ensejando a absolvição do agente.<sup>47</sup>

Com a edição da Lei n. 12.015/2009, o instituto da presunção de violência fora revogado. Entretanto, a referida legislação instituiu novos tipos penais autônomos que se referem exclusivamente aos vulneráveis, compreendidos como menor de 14 (catorze) anos, alienado ou débil mental ou pessoa que não puder oferecer resistência, previstos no capítulo II do Título I.<sup>48</sup>

### **1.3 Do Código Penal de 1940 às inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009**

Os delitos sexuais sempre foram tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, os tipos penais sofreram diversas alterações no decorrer da história, tendo em vista as mudanças econômicas, sociais e culturais.

O Código Penal de 1940 tratou os crimes sexuais no título referente aos crimes contra os costumes, dividido em seis capítulos: crimes contra a liberdade sexual (estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, assédio sexual e atentado ao pudor mediante fraude); sedução e corrupção de menores;

---

<sup>46</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 49.

<sup>47</sup> *Ibidem*. p. 49.

<sup>48</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2**: parte especial, arts. 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 672.

rapto; disposições gerais aos crimes sexuais; lenocínio e tráfico de mulheres; e ultraje público ao pudor.<sup>49</sup>

Observa-se a evidente sobreposição do bem jurídico coletivo sobre o bem jurídico individual, uma vez que punia-se o crime pelo efetivo dano à sociedade, menosprezando assim o dano sofrido pela própria vítima da infração penal.<sup>50</sup>

O legislador pátrio promoveu, assim, a tutela da sociedade e seus costumes, por meio da moral sexual do indivíduo, entendendo que assim estaria protegendo a própria moral social, uma vez que aquela era compreendida como base de todos os demais campos desta. A lei seria responsável, portanto, pela manutenção das bases do patrimônio moral da sociedade, coibindo todas as manifestações anormais que pudessem comprometer a boa ordem na família e na sociedade, de modo a conservar a moralidade pública.<sup>51</sup>

Diante da necessidade em se adequar os tipos penais à sociedade moderna, principalmente àqueles referentes aos crimes contra os costumes, foi promulgada a Lei n. 11.106 em 28 de março de 2005. Essa lei atualizou o ordenamento penal brasileiro frente aos princípios da igualdade entre homens e mulheres, bem como às inovações trazidas pelo Código Civil, promulgado em 2002, “retirando expressões atrasadas e preconceituosas, revogando artigos em desuso, abrangendo a tutela penal a um maior número de pessoas, independentemente de seu sexo”.<sup>52</sup>

Dentre as inovações legislativas encontra-se “a alteração dos artigos 148, 215, 216, 226 e 227; o acréscimo do artigo 231-A; e a revogação dos incisos VII e VIII do artigo 107 e dos artigos 217 (sedução), 219 (rapto violento ou mediante

---

<sup>49</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 7.

<sup>50</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 7

<sup>51</sup> GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001. p.p. 61-74.

<sup>52</sup> TASQUETTO, Lucas da Silva; SANCHES, Eduardo Jesus. **Lei nº 11.106/2005: uma análise crítica frente às alterações ao Código Penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 739, 14 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6996>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

fraude), 220 (rapto consensual), 221, 222, o inciso III do artigo 226, o parágrafo 3º do artigo 231, o artigo 240 (adultério).<sup>53</sup>

No que se refere aos artigos 148 (sequestro), 226 (cárcere privado) e 227 (mediação para lascívia de outrem), a nova lei incluiu os termos “cônjuge” e “companheiro”, permitindo que o crime seja praticado tanto pelo homem quanto pela mulher, dando maior eficácia ao princípio constitucional da igualdade.<sup>54</sup>

Ainda, inseriu a qualificadora ao crime de sequestro quando praticado contra menor de 18 anos, pois, de acordo com Eduardo Sanches e Lucas Taschetto, “trata-se de conduta de maior reprovabilidade, tendo em vista a presumida maior fragilidade, tanto física, quanto emocional, da vítima menor de idade”.<sup>55</sup>

Quanto aos crimes de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, previstos anteriormente nos artigos 215 e 216 do Código Penal, respectivamente, a Lei n. 11.106 suprimiu a expressão “mulher honesta”. Ora, tratou o legislador moderno em retirar um adjetivo antiquado, cuja definição encontra-se ultrapassada, dando maior enfoque ao bem juridicamente tutelado, qual seja, a “liberdade sexual” da mulher, independentemente de sua “honestidade”. Ademais, no crime previsto no artigo 216, “a substituição do termo mulher honesta por pessoas, permitiu inclusive ao homem figurar no sujeito passivo do tipo penal”.<sup>56</sup>

O crime de sedução, outrora previsto no artigo 217 do Código Penal, visava proteger a “mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos, daqueles que, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança, a seduziam e tinham com ela conjunção carnal”.<sup>57</sup>

Com o avanço da sociedade e as mudanças culturais que ocorreram nos últimos séculos, tornou-se cada vez mais difícil a adequação da conduta do agente a este tipo penal tal como elaborado em 1940. Atualmente, sabemos que o contato

---

<sup>53</sup> TASQUETTO, Lucas da Silva; SANCHES, Eduardo Jesus. **Lei nº 11.106/2005**: uma análise crítica frente às alterações ao Código Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 739, 14 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6996>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> Ibidem.

com o sexo ocorre cada vez mais precoce a ponto de impossibilitar a caracterização dos elementos do tipo (inexperiência da vítima e justificável confiança) necessários para a consumação do delito. Ora, em uma sociedade em que os jovens encontram-se costumeiramente envolvidos em relacionamentos amorosos, abertos à atividade sexual, “condutas como carícias persuasivas e hábil comunicação de lascívia, que antes eram punidas como sedução pelo direito penal, não mais precisam de tal censura”, ressaltam Eduardo Jesus Sanches e Lucas da Silva Tasquetto.<sup>58</sup>

O artigo 219 previa o crime de “raptor violento ou mediante fraude, que se configurava a partir do momento em que o agente raptava mulher honesta, por meio de violência ou grave ameaça ou fraude, para fins libidinosos”.<sup>59</sup> Embora expressamente revogado, as condutas que antes davam ensejo à punição disposta no referido artigo não se tornaram impunes. Isto porque o legislador inseriu, na mesma oportunidade, o inciso V ao artigo 148, que disciplina a cerca do crime de sequestro e cárcere privado. Assim, de acordo com Eduardo Jesus de Sanches e Lucas da Silva Tasquetto, “no caso de privação de liberdade de alguém, mediante sequestro ou cárcere privado, se o crime for praticado com fins libidinosos incidirá o criminoso na qualificadora do referido crime”.<sup>60</sup>

O crime de raptor consensual, em seu turno, disposto no antigo artigo 220, envolvia mulher “maior de 14 anos e menor de 21”<sup>61</sup>, sendo necessário seu consentimento para a consumação do delito.<sup>62</sup> Este artigo fora revogado, uma vez que não acompanhou as evoluções normativas, sequer as costumeiras. Ora, na sociedade moderna, “a mulher com 21 anos não é mais considerada presumidamente inocente”.<sup>63</sup> Ademais, em 2002, foi promulgado o novo Código Civil, que alterou a maioria de 21 para 18 anos, tornando inviável a idade estabelecida.

---

<sup>58</sup> TASQUETTO, Lucas da Silva; SANCHES, Eduardo Jesus. **Lei nº 11.106/2005**: uma análise crítica frente às alterações ao Código Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 739, 14 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6996>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Ibidem.

O artigo 231 teve sua rubrica alterada de tráfico de mulheres para tráfico internacional de pessoas, alterando significativamente sua redação para o seguinte texto: “Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoas que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro”. Com a nova redação, “outras condutas igualmente ofensivas foram abrangidas por este tipo penal, tal como a atividade daquele que efetua a negociação entre o aliciador e o dono da casa de prostituição”<sup>64</sup>. Ademais, passou a tutelar todas as pessoas, “independente de seu sexo”<sup>65</sup>.

A Lei n. 11.106 de 2005 incluiu ainda a figura do tráfico interno de pessoas, criando o artigo 231-A, uma vez que o Código Penal de 1940 somente tutelava o tráfico entre países distintos, tornando impune a conduta em âmbito nacional.<sup>66</sup>

Em 2009, foi publicada a Lei n. 12.015, que alterou substancialmente os crimes outrora previstos como contra os costumes. Assim, passaram os crimes sexuais passaram a figurar no Título VI, referente aos crimes contra a dignidade sexual, subdividido em sete Capítulos, quais sejam: I – Dos crimes contra a liberdade sexual; II – Dos crimes sexuais contra vulneráveis; III – Do rapto; IV – Das disposições gerais; V – Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual; VI – Do ultraje público ao pudor; VII – Disposições gerais.

A modificação da denominação do Título, que trata dos crimes sexuais, resulta de um significativo avanço em relação às legislações anteriores, posto que mais adequado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal de 1988.

O artigo 1º da Carta Magna, por exemplo, estabelece, como fundamentos da República Federativa do Brasil: “I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o

---

<sup>64</sup> TASQUETTO, Lucas da Silva; SANCHES, Eduardo Jesus. **Lei nº 11.106/2005**: uma análise crítica frente às alterações ao Código Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 739, 14 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6996>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Ibidem.

pluralismo político”. A dignidade da pessoa humana deve ser entendida, pois, como garantia constitucional, base para todos os demais direitos conferidos à pessoa humana, abrangendo todos os seus atributos, como a intimidade, a imagem, a honra, a dignidade sexual, dentre outros.<sup>67</sup>

Assim, a nova lei renovou o Código Penal, de modo a torná-lo mais coerente com os preceitos constitucionais, a começar pela alteração da nomenclatura do Título que trata Dos crimes sexuais para Dos crimes contra a dignidade sexual.

Atualmente, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro pretende, acima de tudo, proteger juridicamente a pessoa humana, preocupando-se em punir o acusado pelos danos causados à vítima, independentemente da reação social, promovendo e tutelando a dignidade da pessoa humana, tal como determinado na Carta Magna.

#### **1.4 Lei n. 12.015/2009**

Conforme já demonstrado, com o advento da Lei n. 12.015/2009, além da alteração nas denominações do Título e dos Capítulos, também os tipos penais referentes aos crimes sexuais sofreram mudanças substanciais, na tentativa de adequar o Código Penal ao atual contexto social.

Os institutos do estupro e do atentado violento ao pudor, tal qual foram definidos em 1940, foram restringidos a um único enunciado.<sup>68</sup> O significado de estupro, portanto, sofreu uma ampliação, abrangendo não só a conjunção carnal, como também todo e qualquer ato libidinoso praticado mediante violência ou grave ameaça, nos seguintes termos: “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”.

---

<sup>67</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 2.

<sup>68</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2**: parte especial, arts. 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.p. 647 - 649.



Com este enunciado, o legislador pátrio permitiu, ainda, que sejam vítimas de estupro tanto as mulheres como os homens, uma vez que não há expressamente na lei atual qualquer restrição quanto ao polo passivo do delito, ao contrário do que estabelecia a legislação anterior, que indicava como vítima apenas a mulher.<sup>69</sup>

O artigo 215 do Código Penal, que tratava sobre posse sexual mediante fraude, teve a sua nomenclatura alterada para violação sexual mediante fraude, abrangendo também o artigo 216 do mesmo diploma legal, que dispunha sobre atentado ao pudor mediante fraude, expressamente revogado pela nova lei.

O referido dispositivo penal agora trata não só da conjunção carnal praticada em desfavor da mulher, mas também de todo ato libidinoso praticado contra qualquer pessoa, mediante fraude ou qualquer outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

Ademais, a Lei n. 12.015/2009 inseriu no ordenamento jurídico o crime de assédio sexual, previsto pelo artigo 216-A do Código Penal, nos seguintes termos: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função”. Este dispositivo visa tutelar, além da liberdade sexual, o direito à intimidade e à dignidade das pessoas no âmbito das atividades de trabalho ou nos ambientes em que haja relação de hierarquia ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.<sup>70</sup>

O capítulo II tratava sobre os crimes de sedução e corrupção de menores, mas, atualmente, dispõe sobre os crimes sexuais contra vulneráveis. Neste assunto, a nova lei foi inovadora, uma vez que “a figura delitiva do estupro de vulnerável não foi prevista de forma autônoma na legislação penal pretérita”<sup>71</sup>, conforme afirma Luiz Regis Prado.

Assim, estão dispostos, neste capítulo, os crimes de estupro de vulnerável (artigos 217-A), indução de menor de catorze anos a satisfazer a lascívia de outrem,

---

<sup>69</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2**: parte especial, arts. 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.p. 649 - 651.

<sup>70</sup> Ibidem. p.p. 660 - 669.

<sup>71</sup> Ibidem. p.p. 660 - 669.

satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (artigo 218-A) e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (artigo 218-B).

Quanto ao artigo 218-B do Código Penal, importante frisar que este delito penal abrange todas as formas de exploração sexual do vulnerável, quais sejam: “a. prostituição – abrangendo todos os atos sexuais praticados em troca de pagamento; b. turismo sexual – configurando o comércio sexual em cidades turísticas, envolvendo tanto turistas nacionais quanto os estrangeiros; c. pornografia – consistente na produção, exibição, venda, compra, posse e utilização de material pornográfico; d. tráfico para fins sexuais – traduzido em um movimento clandestino e ilícito de pessoas através de fronteiras nacionais para o ingresso em situações opressoras e exploradoras sexuais, visando o lucro dos traficantes e aliciadores”.<sup>72</sup>

De acordo com o parágrafo segundo deste dispositivo legal, incorrem nas mesmas penas previstas no caput “quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa menor de dezoito e maior de catorze anos nas mesmas condições; e o proprietário, gerente ou responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas neste artigo”. Assim, de acordo com este dispositivo, além do aliciador da pessoa menor de dezoito anos, também o cliente que pratica o ato sexual sabendo da exploração e o proprietário do local incidirão nas penas do artigo 218-B do Código Penal.<sup>73</sup>

O parágrafo primeiro do referido dispositivo prevê, ainda, a cumulação da pena de multa à pena privativa de liberdade, nos casos em que o crime for praticado com a finalidade de obter vantagem econômica.

Os artigos 223, que tratava das formas qualificadas, e 224, que dispunha sobre a presunção de violência, do Código Penal, pertencentes ao Capítulo IV do mesmo Título, foram expressamente revogados pela Lei n. 12.015 de 2009. O artigo 225, em contrapartida, teve sua redação alterada, modificando a legitimidade para o ajuizamento da ação penal nos casos de delitos sexuais.

---

<sup>72</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.p. 260 – 261.

<sup>73</sup> *Ibidem*. p.p. 260 – 261.

Antes do advento da Lei n. 12.015/2009, aduz Julio Victor dos Santos Moura:

“A ação penal nos crimes sexuais, entre eles o estupro e o revogado atentado violento ao pudor, era, em regra, de natureza privada; na qualidade de exceção, era pública condicionada à representação ou pública incondicionada, conforme a ocorrência das situações do art. 225, parágrafos 1º e 2º, e as qualificadoras do artigo 223, todos do Código Penal.”<sup>74</sup>

Atualmente, via de regra, os crimes a que se referem os capítulos I e II do Título VI somente se procedem mediante ação penal pública condicionada à representação.

É sabido que a questão envolvida nos crimes sexuais é de interesse público, pois envolve a dignidade da pessoa humana. Assim, o legislador conferiu a legitimidade da ação penal, nestes casos, ao Ministério Público, sendo necessária a representação da vítima, uma vez que se trata de uma questão de foro íntimo, cujo processo pode desencadear ainda mais sofrimento do que o próprio delito em si.

Nas hipóteses em que a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, em contrapartida, o legislador determinou que a ação é pública incondicionada, tendo em vista a sua menoridade, circunstância esta que autoriza a ação do Ministério Público.

O artigo 226 estabelece as causas de aumento de pena, nos seguintes termos:

**“Aumento de pena**

Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas;

II – de 1/2 (metade), se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

III – *Revogado pela Lei 11.106/2005*”

---

<sup>74</sup> MOURA, Julio Victor dos Santos. Anotações e comentários sobre a reestruturação do Código Penal e de leis extravagantes quanto aos delitos sexuais, Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, v. 23, n. 150, nov/dez 2009.

A Lei n. 12.015/2009 trouxe diversas inovações ao Capítulo V, referente aos crimes de lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, dentre as quais, a revogação do artigo 232, a determinação de nova redação aos artigos 228 (“Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”), 229 (“Casa de Prostituição”), 230 (“Rufianismo”) e 231-A (“Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual”), mantendo incólume a redação dos artigos 227 (“Mediação para servir lascívia de outrem”), 233 (“Ato obsceno”) e 234 (“Escrito ou objeto obsceno”), todos do Código Penal.

O artigo 228, tal como o artigo 218-B, ambos do Código Penal, pretende “punir o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”.<sup>75</sup> Todavia, naquele a vítima não se enquadra mais no conceito de criança e adolescente, tratando-se, portanto, de pessoa maior de 18 anos.

Por fim, acrescentou o Capítulo VII, que trata das disposições gerais, cujos artigos definem as causas de aumento de pena (artigo 234-A) e determinam que os processos em que se apuram os crimes definidos no Título VI correrão em segredo de justiça.

Procedendo uma análise apurada das alterações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, verifica-se a insistência do legislador penal em punir toda forma de exploração sexual, em detrimento da libidinagem em si, em adequação ao contexto histórico atual, bem como à jurisprudência moderna.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 268.

<sup>76</sup> *Ibidem*. p. 270.

## 2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS GERAIS

Conforme analisado no capítulo anterior, a partir do século XIII a sociedade sofreu significativa mudança sob o ponto de vista moral e social, aceitando cada vez menos os crimes sexuais praticados contra as crianças. Isto representa o início da percepção social da criança em seu caráter de fragilidade, inocência e fraqueza.<sup>77</sup>

Contudo, apenas em 1988 foi promulgada a Constituição Federal brasileira dispondo acerca dos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito, criando todo um suporte jurídico de proteção à sociedade, principalmente àqueles em evidente condição de fraqueza, tais como as crianças e adolescentes.<sup>78</sup>

O legislador pátrio instituiu uma série de objetivos do Estado, dentre os quais, “a proteção integral da criança e do adolescente, de modo a preservar o seu pleno desenvolvimento”, atribuindo tal responsabilidade não só ao Estado, como também aos pais e à sociedade em geral.<sup>79</sup>

Verificamos tal pretensão em diversos dispositivos da Carta Magna. O artigo 6º, por exemplo, institui de forma pontual a proteção à infância como direito social. O artigo 203 determina, ainda, em seus incisos I e II, que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, tendo como objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, bem como o amparo às crianças e adolescentes carentes.

Ademais, a Constituição Federal teve a cautela de estabelecer “à família, à sociedade e ao Estado o dever de 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, colocando-os a salvo de toda forma

---

<sup>77</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro**: violência sexual nos séculos XVI-XX. tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p.p. 73-87

<sup>78</sup> FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.4.

<sup>79</sup> Ibidem. p.p. 17-30.

de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, nos termos de seu artigo 227.

Nota-se então uma intensa preocupação de nossa Constituição Federal, “em seu caráter geral e genérico”<sup>80</sup>, de promover a proteção integral, efetiva e prioritária da criança e do adolescente.

Ora, “uma vez que a referida Carta Magna se trata da Lei Maior do Estado brasileiro, devem todas as demais leis infraconstitucionais guardar com ela perfeita harmonia, sob pena de serem declaradas inconstitucionais e, portanto, ineficazes no mundo jurídico”<sup>81</sup>, tal como observado pela autora Maria de Fátima Carrada Firmo.

Assim, nossas leis ordinárias, em observância aos ditames constitucionais, dispõem de maneira específica sobre as formas de tratamento peculiar das crianças e adolescentes. Contudo, observamos que, em se tratando de patamar etário, elas guardam entre si certa incoerência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei Federal n. 8.069 de 1990, estabelece no artigo 2º que: “Considera-se criança, para efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

O Código Civil de 1916 considerava absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos e relativamente aqueles entre 16 e 21 anos. Com o advento do Código Civil de 2002, fora reduzida a maioridade para 18 anos, de modo que os relativamente incapazes passaram a ser compreendidos aqueles entre 16 e 18 anos de idade.

O Código Penal de 1940 já previa, em seus dispositivos, a possibilidade de qualificação ou aumento de pena pelo fato de a vítima ser menor de 14 anos. Atualmente, todavia, com o advento da Lei n. 12.015/2009, o ordenamento jurídico prevê tipos penais autônomos, destinados aos crimes cujas vítimas são àquelas denominadas “vulneráveis”.

---

<sup>80</sup> FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.30.

<sup>81</sup> Ibidem. p. 30

Os exemplos ora tratados não resumem nem de longe todas as incoerências etárias previstas em nosso ordenamento jurídico, embora todas as legislações ordinárias tenham como fundamentos os dispositivos constitucionais.

Dessa forma, nos vemos compelidos a estudar e compreender os motivos que levaram ao legislador a proteger determinadas pessoas em razão de sua idade, na tentativa de apurar as incoerências etárias presentes em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, recorreremos aos conceitos dos diversos campos do direito.

## **2.1 Do Estatuto da Criança e do Adolescente**

A Lei n. 8.069 de 1990 foi promulgada especialmente para dar eficácia aos ditames constitucionais e estipular normas específicas acerca das crianças e dos adolescentes.

Nota-se que a primeira preocupação do legislador foi a de estabelecer a faixa etária em que a pessoa será considerada criança e quando passará a ser considerada adolescente, permitindo assim o tratamento diferenciado tal como planejado.

Então, conforme já visto, estabeleceu, em seu artigo 2º, que: “Considera-se criança, para efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

No que se refere ao direito à profissionalização e à proteção ao trabalho, o Estatuto da Criança e do Adolescente vedou o trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz. Em análise conjunta com a Constituição Federal, concluímos que aquelas pessoas compreendidas entre a faixa etária de 14 e 16 anos não podem trabalhar, exceto na condição de aprendiz, e aqueles maiores de 16 anos já estão aptos a firmar contrato de trabalho.

Isto ocorre porque, “embora o Estado tenha a função de zelar pelo menor, propiciando seu correto desenvolvimento, em nosso contexto social o ingresso tardio no mercado de trabalho pode acarretar severas consequências sociais, pois não terá

o adolescente como contribuir no orçamento familiar”<sup>82</sup>, conforme observa o autor Roberto João Elias.

No que se refere à incidência em crime ou contravenção penal, estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente que somente podem ser aplicadas às medidas socioeducativas aos adolescentes<sup>83</sup>. Neste caso, a legislação ordinária apenas observou o exposto no artigo 228 da Constituição Federal que estabeleceu a inimputabilidade dos menores de dezoito anos.

Quando quem incorreu no ato infracional for criança e, portanto, menor de 12 anos, somente lhe serão aplicadas as medidas específicas de proteção, previstas no artigo 101<sup>84</sup>, tal como estabelece o artigo 105<sup>85</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com Roberto João Elias, “parte-se da ideia de que a partir dos 12 anos o menor já possui melhor discernimento, compreendendo, ainda que minimamente, os atos que pratica”<sup>86</sup>.

## 2.2 Do Código Civil: a incapacidade pela menoridade

O Direito Civil brasileiro estabeleceu, em seu artigo 2º, que “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. Trata-se, pois, da “capacidade de direito, cujo conceito está diretamente relacionado com o de personalidade, uma vez que somente o ser humano tem a capacidade de ser titular das relações jurídicas”.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 57.

<sup>83</sup> Ibidem. p. 103.

<sup>84</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – acolhimento institucional; VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar; IX – colocação em família substituta.

<sup>85</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

<sup>86</sup> ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 112.

<sup>87</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, volume I:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002. p. 138.



De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, “a capacidade de fato, também chamada de capacidade de exercício, é a aptidão da pessoa para exercer *por si mesma* os atos da vida civil, ou seja, a aptidão para adquirir direitos e contrair deveres”.<sup>88</sup>

Na acepção do Código Civil, para que o indivíduo seja plenamente capaz, deve combinar tanto a capacidade de direito quanto a capacidade de fato. Uma vez que a capacidade de direito é inerente ao ser humano, sendo-lhe atribuída, portanto, no momento de seu nascimento, a incapacidade, seja ela relativa ou absoluta, advém de fatores provenientes do estado de saúde ou idade da pessoa capazes de mitigar sua capacidade de fato.<sup>89</sup>

Os direitos denominados personalíssimos são inerentes à pessoa humana, pois surgem a partir do nascimento com vida. Como exemplo, podemos citar o direito à vida. Independem de condição, sendo necessário apenas o nascimento com vida, sendo assegurado, contudo, alguns direitos ao nascituro.

Contudo, a capacidade de fato, tal como disposta anteriormente, aduz o autor Sílvio de Salvo Venosa, “requer certas qualidades, sem as quais a pessoa não terá plena capacidade de fato”.<sup>90</sup>

Assim, incapacidade civil decorre do fato de determinadas pessoas não apresentarem as condições necessárias, estipuladas pela lei, para exercer, por ato próprio, os direitos inerentes da capacidade de direito.

O Código Civil de 1916, vigente à época da publicação do Código Penal, dispunha, em seu artigo 5º, que os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil seriam os menores de 16 anos, além dos loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes, declarados tais por ato do juiz.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, volume I:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002. p. 139.

<sup>89</sup> *Ibidem*. p.p. 138 -139

<sup>90</sup> *Ibidem*. p. 144.

<sup>91</sup> *Ibidem*. p.p. 144-146.

Conforme ressalta o autor Sílvio de Salvo Venosa, “as pessoas tratadas neste artigo não poderiam exercer os atos da vida civil por si, exceto quando representadas legalmente por pai, mãe ou tutor”, sob pena de nulidade do ato.<sup>92</sup>

Os relativamente incapazes compreendiam as pessoas maiores de 16 e menores de 21 anos, os pródigos e os silvícolas. A incapacidade relativa dizia respeito aos indivíduos que, embora não tivessem a capacidade plena, podiam praticar determinados atos da vida civil, “desde que assistidos por quem a lei atribua tal ofício, quer em relação ao parentesco, quer em relação a uma determinação legal, quer em razão de nomeação judicial”.<sup>93</sup>

“Entendia-se que o menor de 16 anos não tinha o desenvolvimento intelectual necessário para torná-lo apto para as práticas dos atos da vida civil”<sup>94</sup>, conforme preceitua Sílvio de Salvo Venosa. Os atos praticados por este menor seriam, portanto, nulos de pleno direito, sendo necessário, para a sua validade, a representação legal pelo pai, mãe ou tutor.

O maior de 16 e menor de 21 anos, embora ainda não fosse absolutamente capaz, presumia-se ter algum discernimento. Isto porque se partia do pressuposto que a essa idade o indivíduo já teria discernimento suficiente para à prática dos atos da vida civil, desde que assistido por pessoa designada pelo direito.

“Na visão do direito pré-codificado, a incapacidade estava relacionada à ideia de puberdade”.<sup>95</sup> O critério de puberdade foi extinto pelo Código Civil de 1916. Entretanto, em uma análise didática e coloquial os absolutamente incapazes (“mulheres menores de 12 anos e homens menores de 14 anos”<sup>96</sup>) correspondiam aos menores impúberes, e os relativamente incapazes, aos púberes.

---

<sup>92</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, volume I:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002. p.p. 144 – 146.

<sup>93</sup> Ibidem. p. 167

<sup>94</sup> Ibidem. p. 161.

<sup>95</sup> VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Curso de direito civil, volume I:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 140.

<sup>96</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, volume I:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002. p. 161.

O Código Civil de 2002, em vigor até hoje, reduziu a maioria civil para 18 anos e manteve a incapacidade absoluta aos menores de 16 anos. Assim, atualmente, são relativamente incapazes os menores de 18 e maiores de 16 anos.

### 2.3 Do Código Penal

Sabemos que a pena, para o Código Penal, deverá ser aplicada com o objetivo de reprimir e prevenir o ilícito penal. Contudo, permeiam no ordenamento jurídico brasileiro os princípios da proporcionalidade e individualização da pena, cujas premissas pretendem a imposição de uma pena “necessária e suficiente” à repreensão do agente, levando-se em consideração todos os aspectos relacionados às circunstâncias do fato.<sup>97</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro prevê, portanto, uma série de circunstâncias fáticas a serem analisadas pelo magistrado no momento da fixação da pena do agente, devendo ser observados todos os aspectos relacionados ao agente, à vítima e às circunstâncias do fato, de modo a auferir a maior ou menor reprobabilidade da conduta, sendo possível assim aplicar a pena justa.<sup>98</sup>

Dentre as modalidades de circunstâncias modificadoras da pena encontram-se dispostas as causas gerais e especiais de aumento ou diminuição da pena, bem como as qualificadoras. As causas gerais estão previstas na parte geral do Código Penal, nos artigos 61 a 66. As causas especiais e circunstâncias qualificadoras, em contrapartida, encontram-se dispersas perante a parte especial do Código.

Assim, conforme restará demonstrado, a idade da vítima influencia significativamente na fixação da pena, tendo em vista sua evidente condição de vulnerabilidade, sob a forma de elementar do tipo penal ou causa de aumento de pena, a depender do tipo penal. Ressalta-se apenas que o legislador penal mostra-se confuso quanto ao critério etário de proteção, uma vez que ora protege “a criança e o adolescente”, ora “o menor de 14 (catorze) anos”, ora “o menor de 18 (dezoito) anos”.

---

<sup>97</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.p. 137-138.

<sup>98</sup> *Ibidem*. p.605.

O artigo 61 do Código Penal estabelece, por exemplo, as “circunstâncias que sempre agravam a pena do agente”. Dentre elas, ressalta-se a hipótese do inciso II, alínea h, referente ao fato de o crime ter sido cometido contra “criança, maior de 60 (sessenta anos), enfermo ou mulher grávida”. Este dispositivo pretende, segundo René Ariel Dotti, “a proteção de pessoas que possuem menor capacidade de resistência física e psicológica, revelando a perversidade e covardia do agente”.<sup>99</sup>

Observa-se que, neste caso, o legislador optou em utilizar o critério “criança”, tal como estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em tese, os crimes praticados contra criança, compreendidas aquelas pessoas menores de doze (12) anos, devem ser objeto de incidência desta circunstância agravante. No entanto, o autor René Ariel Dotti demonstra que, em alguns julgados, “os julgadores tendem a reconhecer como criança as pessoas menores de 7 (sete) anos”.<sup>100</sup>

O referido dispositivo resguarda a aplicabilidade desta causa de aumento de pena apenas quando não for fato constitutivo ou qualificador da infração penal. Isto devido ao princípio da “non bis in idem” que veda a punição do agente por mais de uma vez pela mesma circunstância.<sup>101</sup>

Outra hipótese em que a idade da vítima influencia na infração penal está previsto no parágrafo único do artigo 126 do Código Penal. Este dispositivo prevê que em hipótese de aborto cometido contra menor de 14 (catorze) anos, ainda que com seu consentimento, incidirá as penas relativas ao crime de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante. Ora, pretende o legislador a proteção da adolescente que, em sua acepção, não possui o necessário discernimento ou desenvolvimento para emitir um consentimento válido.<sup>102</sup>

Ainda, no caso de sequestro e cárcere privado, o legislador prevê a incidência de circunstância qualificadora quando praticado contra menor de 18 anos, nos termos do parágrafo 1º, inciso IV do artigo 148 do Código Penal, tendo em vista

---

<sup>99</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 613

<sup>100</sup> Ibidem. p. 613.

<sup>101</sup> Ibidem. p. 607.

<sup>102</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial**, arts. 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 126.

que “a idade da vítima afasta a possibilidade de uma efetiva reação à ação criminosa”<sup>103</sup>, conforme explicita o autor Luiz Regis Prado.

O parágrafo 2º, inciso I, do artigo 149 do Código Penal, que dispõe sobre o crime de “redução da pessoa à condição análoga à de escravo”, determina o aumento da pena quando a vítima for criança ou adolescente.<sup>104</sup> Aqui, assim como no artigo 61 do mesmo diploma legal, o legislador visa a proteção da criança e do adolescente tal como considerado no Estatuto da Criança e do Adolescente, incidindo, portanto, tal causa de aumento de pena, toda vez que pessoa menor de 18 (dezoito) anos figurar como sujeito passivo da infração penal.

O parágrafo 1º do artigo 159 também possui uma hipótese de qualificadora quando o crime de extorsão mediante sequestro for praticado contra menor de 18 (dezoito) anos.

Assim, neste mesmo pensamento, o legislador penal em 2009 previu o instituto do estupro de vulnerável (artigo 217-A e 218). Em que pese as devidas ressalvas ao caráter de 14 anos utilizado no presente caso<sup>105</sup>, diante os conceitos de criança e adolescente estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, coube ao legislador penal o estabelecimento de um tipo penal destinado à tutela das pessoas consideradas em situação de vulnerabilidade quanto aos atos sexuais.

Inseriu, portanto, a idade do menor (catorze anos) como circunstância elementar do tipo penal, na tentativa de afastar as dúvidas quanto à capacidade da vítima de emitir consentimento válido, tutelando efetivamente aqueles que a lei considera em situação de vulnerabilidade. Neste caso, para que incida nas penas destes artigos, destaca-se que não é necessário que o agente utilize violência física, bem como que a vítima discorde dos atos praticados.

---

<sup>103</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2:** parte especial, arts. 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 284.

<sup>104</sup> Ibidem. p. 291.

<sup>105</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: parte especial.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.p. 256 – 258.

Ressalta-se apenas que “o erro do agente quanto à vulnerabilidade da vítima o isenta de pena”<sup>106</sup>, nos termos do artigo 20 do Código Penal, tal como preceitua Rogério Sanches Cunha.

No que tange ao artigo 218-B, compreende-se como pessoa vulnerável aquela menor de dezoito anos, levando-se em consideração além do caput o seu parágrafo 2º.

Para Nucci, a vulnerabilidade discutida tem caráter absoluto, admitindo, contudo, exceção, nos casos em que a vítima for adolescente e, portanto, maior de doze anos. Seu entendimento é justificado pela realidade dos fatos, tendo em vista a precocidade e facilidade com que as crianças lidam com os assuntos relacionados à sexualidade.<sup>107</sup>

Não pretende, todavia, a descriminalização da conduta, sequer a relatividade da presunção de violência, apenas a adequação do tipo penal à realidade fática, “evitando a banalização da proteção conferida pela lei penal, evitando-se, com isso, a prostituição infantil e o abuso contra a criança e o adolescente”.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 258.

<sup>107</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.p.383 – 386,

<sup>108</sup> Ibidem. p. 775.

### 3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A VULNERABILIDADE

Originalmente, conforme vimos, o Código Penal de 1940 previu o instituto da presunção de violência, no artigo 224, alínea “a”, com a finalidade de proteger as pessoas menores de 14 (catorze) anos, vítimas constantes de abusos sexuais.

Pretendia o legislador promover a tutela daqueles que não possuíam, em sua concepção, o necessário discernimento do ato sexual, abrangendo inclusive a impossibilidade de resistência efetiva, desconsiderando para efeito do menor a violência física operada pelo ofensor.

Contudo, diante da evolução da sociedade e da precocidade do contato sexual dos adolescentes, os aplicadores do direito se depararam constantemente com situações capazes de macular a ingenuidade e fragilidade da vítima, de modo que surgiram verdadeiras dúvidas quanto à aplicabilidade do dispositivo.

Assim, surgiram as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao caráter absoluto ou relativo da presunção em debate. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, no Agravo Regimental interposto no Recurso Especial n. 1214407/SC (2010/0169901-0), pela relatividade da presunção de violência nos casos em que a vítima seja menor de 14 (catorze) anos, sob o fundamento de que existem determinados fatores capazes de afastar a presunção, nos seguintes termos:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 224 DO CP. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a presunção de violência do art. 224 do Código Penal se revela de natureza relativa (*iuris tantum*).
2. A corrente majoritária, doutrinária e jurisprudencial, pende em favor da natureza relativa da presunção da violência acentuada no art. 224 do Código Penal, ao afirmar que a existência de determinados fatores impõe, em situações tais, o afastamento da presunção.
3. No caso, o acórdão recorrido firmou-se em consonância com a jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal, no sentido de considerar relativa a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, a, do Código Penal – revogado pela Lei n. 12.015/2009 -, conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade.
4. Incidência da Súmula 83/STJ.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.
6. Agravo regimental improvido.”<sup>109</sup>

Entretanto, em 2011, a Quinta Turma do mesmo órgão julgador, quando da apreciação do HC n. 138239/ES, decidiu diversamente, compreendendo pelo caráter absoluto da presunção de violência, denegando a ordem do habeas corpus, sob o fundamento de que o consentimento da vítima no ato sexual não elide a aplicação do artigo 224 do Código Penal:

“HABEAS CORPUS. ESTUPRO PRATICADO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NO ACÓRDÃO QUE REFORMOU FUNDAMENTADAMENTE A DECISÃO ABSOLUTÓRIA. ALEGAÇÃO DE RELACIONAMENTO AMOROSO COM CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. DESCONHECIMENTO DA SUA IDADE REAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE. PACIENTE QUE CONFESSOU A PRÁTICA DA CONDUTA CRIMINOSA. HABITUALIDADE. VÍTIMA COM APENAS 12 ANOS DE IDADE. GRAVIDEZ PRECOCE. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO EDENEGACÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Contando a vítima, à época dos fatos, com apenas 12 anos de idade, configura-se a presunção absoluta de violência na prática do delito de estupro. A alegação do agente de desconhecer a idade da vítima e acreditar ter ela 15 anos de idade na época dos fatos, não elide o tipo penal, uma vez que, o paciente a conhecia há mais de 1 ano e tinha proximidade com sua família, sendo inclusive alertado pela tia da vítima da menoridade de sua sobrinha.
2. Se o paciente mantinha relacionamento amoroso com a vítima e as relações sexuais foram consensuais, sendo ela menor de 14 anos, esse consentimento não tem repercussão no Direito Penal, tratando-se de presunção absoluta de violência. Sendo indubitosa a ocorrência do crime e confirmada a autoria inclusive pela confissão do paciente, não há ilegalidade a ser sanada.
3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
4. Ordem denegada.”<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 224 DO CP. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. Sexta Turma. Relator Min Sebastião Reis Júnior. Data do julgamento: 13/09/2011. DJe 28.09.2011. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=estupro+presun%E7%E3o+de+viol%Eancia&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=estupro+presun%E7%E3o+de+viol%Eancia&b=ACOR)>. Acesso em: 29 ago 2012.

<sup>110</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. ESTUPRO PRATICADO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NO ACÓRDÃO QUE REFORMOU FUNDAMENTADAMENTE A DECISÃO ABSOLUTÓRIA. ALEGAÇÃO DE RELACIONAMENTO AMOROSO COM CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. DESCONHECIMENTO DA SUA IDADE REAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE. PACIENTE QUE CONFESSOU A PRÁTICA DA CONDUTA CRIMINOSA. HABITUALIDADE. VÍTIMA COM APENAS 12 ANOS DE IDADE. GRAVIDEZ PRECOCE. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO EDENEGACÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. Quinta Turma. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do Julgamento: 21/06/2011. DJe: 01/07/2011. Disponível em



Em 2012, contudo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento (EResp – 1.021.6634/SP) que a presunção de violência, tal como estabelecida no Código Penal, teria caráter relativo, senão vejamos:

“ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da 3ª Seção (EResp-1.021.634/SP), firmou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, seria de natureza relativa.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”<sup>111</sup>

A Lei n. 12.015, promulgada em 2009, revogou a referida presunção e estabeleceu o crime de estupro de vulnerável. Tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal, que determina a aplicação da lei penal vigente à época do fato, ainda hoje são aplicados os preceitos anteriores.

Quanto aos casos de estupro praticado entre a promulgação da Lei n. 8.072 de 1990 e a Lei n. 12.015, contra o menor de 14 anos, com emprego de violência física, aplica-se a lei atual. Isto porque a Lei n. 8.072, que dispõe sobre os crimes hediondos, previa em seu artigo 9º uma causa de aumento de pena quando comprovada a existência de violência real ou grave ameaça. Considerando que o artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal prevê a aplicação da lei penal mais benéfica, neste caso, será aplicada a nova regra. Assim entendeu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos embargos de declaração n. 2010/0195303-4 opostos no Habeas corpus 188432/RJ:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONTRADIÇÃO. EQUÍVOCO CONFIGURADO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA REAL. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 9.º DA LEI N.º 8.072/90. APLICABILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. INCIDÊNCIA. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

---

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=estupro+presun%E7%E3o+de+viol%EAnca&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=estupro+presun%E7%E3o+de+viol%EAnca&b=ACOR)>. Acesso em: 29 ago 2012.

<sup>111</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. Relator Min. Jorge Mussi. Data do Julgamento: 19/04/2012. DJe: 27/04/2012. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=estupro+presun%E7%E3o+de+viol%EAnca&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=estupro+presun%E7%E3o+de+viol%EAnca&b=ACOR)>. Acesso em 29 ago 2012.

1. Conforme dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou ambiguidade existentes no julgado.

2. A atribuição de efeitos infringentes somente é possível, excepcionalmente, nos casos em que, reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do art. 619, a alteração do julgado seja consequência inarredável da correção do referido vício, bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para a inversão do julgado.

Precedentes.

3. Se restou comprovada a existência de violência real ou grave ameaça no crime de estupro ou atentado violento ao pudor cometido contra menor de 14 (quatorze) anos, deve ser aplicada a referida causa de aumento de pena, o que ocorreu no presente caso.

Precedentes.

4. Entretanto, com o advento da Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor praticados contra menor de 14 (quatorze) anos passaram a ser regulados por um novo tipo penal, sob a denominação de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, não sendo mais admissível a aplicação do art. 9.º da Lei n.º 8.072/90 aos fatos posteriores a sua vigência.

5. A lei posterior mais benéfica ao condenado deve ser aplicada aos fatos anteriores a sua vigência, nos termos do art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal. Portanto, devem incidir, na espécie, os preceitos da Lei n.º 12.015/2009, por ser mais favorável ao Paciente. Precedentes.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para, sanando a contradição apontada, denegar o writ. Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda à aplicação da Lei n.º 12.015/2009 à hipótese dos autos.<sup>112</sup>

Nesta esteira, verifica-se que a Lei n. 12.015/2009, responsável por significativas alterações na legislação penal brasileira, apenas deu concretude ao contexto social de precocidade do indivíduo no envolvimento sexual e ao entendimento jurisprudencial, traçando critérios mais objetivos para a configuração do delito de estupro contra crianças e adolescentes.

A presunção de violência, tal como prevista originalmente, não era mais adequada ao contexto da época, causando entendimentos controvertidos acerca de seu caráter absoluto e relativo. Isto porque, embora já permeasse na sociedade a pretensão em punir todas as formas de exploração sexual da criança e do

---

<sup>112</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONTRADIÇÃO. EQUÍVOCO CONFIGURADO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA REAL. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 9.º DA LEI N.º 8.072/90. APLICABILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. INCIDÊNCIA. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. Quinta turma. Relatora Min Laurita Vaz. Data do julgamento: 15/12/2011. DJe 10/02/2012. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=estupro+de+vulner%E1vel+e+lei+12.015&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=estupro+de+vulner%E1vel+e+lei+12.015&b=ACOR)>. Acesso em: 04 mai 2012.

adolescente, o instituto da presunção de violência era incompatível com os princípios da presunção de inocência do acusado e do *in dubio pro reo*, previstos na Constituição Federal. Ora, como poderia o acusado ter presumidamente utilizado de violência quando, na verdade, impera na legislação brasileira, a ideia de que o réu é presumidamente inocente até se prove o contrário, ou seja, até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória?

Ademais, a evolução dos meios de comunicação em massa permitiu, nos últimos tempos, o contato irrestrito do indivíduo com todas as formas de informação, inclusive no que tange à sexualidade, podendo ser classificado talvez como um dos motivos fundamentais para a precocidade do contato sexual da criança e do adolescente ao sexo.

Nos tribunais superiores, os últimos julgados antes do advento da Lei n. 12.015/2009, e até mesmo após a sua edição, nos crimes cometidos durante a sua vigência, demonstram a tendência da jurisprudência em relativizar a presunção de violência nos crimes sexuais.

Atualmente, devido aos critérios objetivos traçados pelo legislador moderno, destaca-se a intenção em punir o agente que pratica atos libidinosos contra os vulneráveis, devidamente conceituado no artigo 217-A, caput e parágrafo 1º, do Código Penal, sem que haja margens para discussão acerca da experiência sexual da vítima ou de sua inocência.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou a análise do crime “Estupro de Vulnerável”, no que se refere às vítimas menores de 14 anos, tal como estipulado pela Lei n. 12. 015 de 2009, ante a importância jurídica e social do tema, posto que abrange pessoas responsáveis pelo futuro da sociedade, cujo sofrimento de um trauma desta magnitude poderia causar problemas irremediáveis já que se tratam de indivíduos em desenvolvimento físico e psíquico.

No primeiro capítulo, ficou demonstrada a evolução social e normativa sobre o crime de estupro, bem como todas as circunstâncias ora envolvidas, no decorrer dos séculos. Constatamos que até o século XIX não se cogitava o crime de estupro, quando não havia o emprego de violência física. Apenas a partir de 1850 a jurisprudência francesa passou a reconhecer a violência moral como capaz de macular a vontade da vítima.

Verificamos que a priori o estupro era analisado sobre seu aspecto moral social em detrimento da violência à pessoa, pois punia-se o agressor pela prática de fato cometido em detrimento dos valores da sociedade, implicando o caráter religioso ao ato.

A Constituição da França foi propulsora de significativas mudanças nos ordenamentos jurídicos. Isto porque instituiu a ideia de que o homem é proprietário de sua pessoa, cuja propriedade é inalienável. Assim, o Código Penal da França de 1791 determinou a análise do estupro em virtude da violência física e ameaça social exercida sobre a pessoa.

Em relação aos crimes praticados contra a criança, levando em consideração a sua fragilidade, estes sempre foram severamente condenados pela sociedade, mas, neste século, intensificou-se a ideia de que a criança quando vítima de um crime desta magnitude sofre um trauma irremediável. Contudo, ante a dificuldade em se comprovar os fatos, tendo serem praticados, em sua maioria, em lugares desertos, sem nenhuma testemunha, e os exames serem subjetivos, muitos deles terminavam impunes.

No Brasil, verificamos significativas mudanças desde o advento da Constituição Federal de 1988, que instituiu diversos princípios e objetivos do Estado Democrático do Direito. O Código Penal de 1940 separou o crime de estupro daqueles cometidos contra a família, levando em consideração a violência sofrida pela vítima. Ainda, criou o instituto da presunção de violência nos delitos sexuais, cujo artigo permitiu controversas interpretações jurídicas quanto ao seu aspecto relativo ou absoluto.

Verificamos que a Lei n. 12.015, promulgada em 2009, promoveu contundentes alterações no que se refere aos crimes sexuais, principalmente com a revogação do instituto da presunção de violência, e com a criação dos institutos destinados exclusivamente às pessoas consideradas vulneráveis, incluindo a idade da vítima como elemento do tipo de modo a evitar a impunidade de tais atos.

No segundo capítulo nos dedicamos à análise da criança e do adolescente sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque com a promulgação da Constituição Federal, o Estado tornou necessária e obrigatória a proteção efetiva e integral daqueles compreendidos em estado de fragilidade.

Assim, estudamos o Estatuto da Criança e do Adolescente que instituiu as idades em que as pessoas são compreendidas como criança e adolescente. Ademais, verificamos as concepções do Direito Civil e Penal, nos casos em que as crianças e adolescentes se envolvem, estabelecendo os critérios escolhidos pelo legislador.

Quanto ao Código Penal, observamos que o legislador mantém certa incoerência quanto à forma de tutela a tais vítimas, bem como a idade utilizada como critério, mantendo, contudo, a ideia de proteção ao menor.

Verificamos o modelo de vulnerabilidade segundo a concepção de Nucci, que, embora seja adepto à corrente que entende ser absoluta a vulnerabilidade estabelecida pelo legislador, vedando ao magistrado ingressar na análise da promiscuidade e culpa da vítima, permite a análise de exceções, no caso

em que a vítima for maior de doze anos, tendo em vista o contexto social em que estão inseridas esses adolescentes.

Por fim, no terceiro e último capítulo pretendemos a análise de casos concretos, encontrados na jurisprudência brasileira, dos julgados do Superior Tribunal de Justiça em que fora compreendida a presunção de violência em seu caráter absoluto e relativo, bem como, nos casos atuais, cujo entendimento é a culpa do agente quando a vítima é menor de 14 anos, independentemente de sua aceitação ou não.

Assim, percebemos que independentemente da idade da vítima, a intenção do legislador, tal como deveria ser, é a de proteger a criança e o adolescente de todas as formas de exploração sexual, tendo em vista sua fragilidade. Inclusive porque encontram-se em desenvolvimento físico e psíquico, podendo sofrer traumas irremediáveis.

A problemática abrange a dificuldade em se estabelecer critérios objetivos capazes de identificar a idade na qual a criança ou o adolescente já possuem discernimento suficiente para compreender o ato sexual em si, de modo a tutelar os vulneráveis, punindo rigorosamente os criminosos, sem ferir, contudo, o princípio da liberdade do ser humano. Isto porque se de um lado está a fragilidade da criança e do adolescente, que necessita da mais rigorosa tutela estatal, de outro está a liberdade do indivíduo em escolher a idade com a qual pretende iniciar suas relações sexuais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e Assédio Sexual: Doutrina e Jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira LTDA, 1999.
- FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001.
- MOURA, Julio Victor dos Santos. **Anotações e comentários sobre a reestruturação do Código Penal e de leis extravagantes quanto aos delitos sexuais**, Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, v. 23, n. 150, nov/dez 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553)>, acesso em 02/04/2012 às 15h27.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- TASQUETTO, Lucas da Silva; SANCHES, Eduardo Jesus. **Lei nº 11.106/2005: uma análise crítica frente às alterações ao Código Penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 739, 14 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6996>>. Acesso em: 14 ago. 2012.
- TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, volume I:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002

VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Curso de direito civil, volume I:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro:** violência sexual nos séculos XVI-XX. tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.