



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

LAYANNE DE SOUSA REINALDO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
A VALIDAÇÃO DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MENOR**

Brasília

2014

LAYANNE DE SOUSA REINALDO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
A VALIDAÇÃO DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MENOR**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.
Orientador: Humberto Fernandes

Brasília

2014

LAYANNE DE SOUSA REINALDO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
A VALIDAÇÃO DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MENOR**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCeub.
Orientador: Humberto Fernandes.

BRASÍLIA, 12 de novembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Profº Humberto Fernandes de Moura
Orientador

Profº Marcus Vinícius Reis Bastos
Examinador

Profº José Veloso
Examinador

RESUMO

A Lei 12.015/2009 foi responsável por promover grandes mudanças no Código Penal brasileiro no Capítulo referente aos crimes sexuais. Entre essas mudanças, houve a revogação do crime referente a presunção de violência e a inserção do tipo penal autônomo denominado estupro de vulnerável. Tal crime teve como finalidade por fim as divergências doutrinárias e jurisprudenciais em relação à violência presumida. Contudo, a criação desse tipo penal não foi bastante para acabar com as divergências, vez que a definição de vulnerabilidade não se coaduna com a realidade da sociedade brasileira no que pertine a autodeterminação sexual de crianças e adolescentes. O que se pode notar atualmente é que cada vez mais cedo o adolescente tem contato com assuntos e informações a respeito da sexualidade e, portanto, a vulnerabilidade deve ser analisada de acordo com cada caso concreto. Chama-se ainda a atenção para o fato de que deve se permitir ao aplicador da norma que este possa analisar os fatores, bem como as circunstâncias em que se deu o fato levando-se em conta, por exemplo, o consentimento do suposto ofendido.

Palavras-chave: Crimes sexuais. Estupro de vulnerável. Vulnerabilidade. Presunção de violência. Autodeterminação sexual. Realidade social.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 DO REGIME ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009	6
1.1 Distinção entre estupro e atentado violento ao pudor	6
1.2 Da presunção de violência	17
1.2.1 <i>Hipóteses de cabimento</i>	18
1.2.2 <i>Da interpretação do art. 9º da Lei 8.072/90</i>	21
1.2.3 <i>Presunção absoluta e presunção relativa</i>	25
1.2.4 <i>Erro de tipo segundo o voto do Ministro Marco Aurélio</i>	28
2 DO REGIME POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009	31
2.1 Mudança de visão – a tutela da dignidade sexual	31
2.2 Estupro e atentado violento ao pudor como crime único	34
2.3 Estupro de vulnerável: a validação do consentimento da vítima menor	39
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar o estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal. A escolha do tema se deve ao fato das constantes discussões, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a respeito da validade ou não do consentimento da vítima menor de quatorze anos nos delitos contra a dignidade sexual.

Até o advento da lei que alterou todo o capítulo de crimes sexuais, os Tribunais divergiam se a presunção para esse tipo de delito, anteriormente previsto no art. 224 do Código Penal, era de natureza relativa ou absoluta. A Lei 12.015/2009 incluiu o artigo 217-A, que em sua nova redação instituiu a figura do vulnerável ao código penal.

Como será analisado no decorrer deste trabalho, embora tenha vindo com o intuito de encerrar as discussões acerca da presunção de violência, o novo tipo penal não foi capaz de promover um consenso entre a doutrina, mantendo vivos os debates.

A sociedade brasileira passa por constantes mudanças em seu âmbito cultural e cada vez mais cedo os adolescentes entram em contato com a sexualidade. Dessa forma, o Direito Penal deve estar atento em adaptar-se frente às mudanças comportamentais dos indivíduos, levando em consideração a aplicação da norma penal e sua interpretação de acordo com o caso concreto.

A problemática a respeito da validade do consentimento do ofendido nasce em virtude do questionamento feito quanto à capacidade do adolescente em concordar com a prática do ato sexual. De um lado figura a tutela da dignidade sexual do adolescente, que versa sobre o entendimento de que este não possui capacidade de discernimento sobre os atos da vida sexual. Do outro lado figura o fato de que o consentimento da suposta vítima que possua ampla autodeterminação sexual, ainda que menor de idade, afasta o ilícito da conduta penal, haja vista que para se configurar o delito de estupro é necessário o dissenso da vítima.

A partir dessas considerações, este trabalho busca analisar o conceito de vulnerável sob uma perspectiva de maior amplitude, levando em consideração as

constantes mudanças ocorridas no âmbito social. Diante de tudo o que será exposto, será feita a análise a respeito da validade ou não do consentimento do menor de quatorze anos nos delitos sexuais. Será analisado também o posicionamento das Cortes Superiores sobre este tema.

Para melhor análise do tema, a monografia tem a seguinte estrutura: no capítulo primeiro foram analisados os conceitos e a distinção entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, antes da vigência da Lei 12.015/2009. Foi analisado também o instituto da presunção de violência, bem como as suas hipóteses de cabimento e a possibilidade de sua relativização.

No segundo capítulo, procedeu-se à análise do regime posterior à vigência da Lei 12.015/2009. Neste capítulo foi possível estudar a mudança do posicionamento do legislador, quanto à tutela da dignidade sexual. Foi analisado ainda o delito de estupro de vulnerável, considerando-se a hipótese de validação do seu consentimento.

Cumprido ressaltar que ao final deste trabalho espera-se esclarecer ao leitor os principais questionamentos, demonstrando de forma clara a análise do posicionamento da doutrina e jurisprudência a respeito do tema.

1 DO REGIME ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009

A Lei 12.015/2009¹ foi instituída com a finalidade de alterar o Título IV do Código Penal Brasileiro, anteriormente denominado “Crime contra os costumes”. As mudanças advindas com a publicação da Lei serão analisadas no próximo capítulo.

Cumprе ressaltar que os institutos comentados nesse capítulo foram posteriormente revogados em virtude da Lei 12.015/2009, sendo aqui estudados apenas para fins de esclarecimento quanto à sua aplicação.

1.1 Distinção entre estupro de vulnerável e atentado violento ao pudor

Antes de vigorar a Lei 12.015/2009, o Código Penal Brasileiro trazia os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, dispostos respectivamente nos artigos. 213 e 214, como tipos penais diferentes, previstos no Título IV e que por sua vez era denominado “Dos crimes contra os costumes”.²

Essa denominação possui uma conotação moral e se fundamenta na ideia de proteção à liberdade sexual individual e ao pudor da coletividade. Assim, entende-se que os crimes contra os costumes causam um dano efetivo à moralidade pública da sociedade³, que por sua vez dita regras sociais a serem seguidas com a finalidade de que as mesmas venham a evitar fatos que contrariem tais regras e consequentemente causem dano aos interesses dos indivíduos.⁴ Neste caso, o bem jurídico tutelado pelo legislador é a moral social e a maneira como o indivíduo se porta sexualmente diante das regras estabelecidas pela sociedade.⁵

Por intermédio da Constituição Federal de 1988, buscou-se proteger a liberdade individual, consubstanciada na liberdade sexual de cada indivíduo. Dessa

¹ BRASIL. *Lei nº 12.015/2009 de 7 de agosto de 2009*. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em 15 mar. 2014.

² BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 15 mar. 2014

³ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 09.

⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 407. v.2.

⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 08.

forma, o Estado visa proteger o direito do sujeito em dispor livremente de seu corpo, bem como a sua livre vontade de consentir com o ato sexual.⁶

Assim estavam previstas as condutas:

“Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”⁷

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor diferem-se no tocante ao dolo na conduta do agente, o ato sexual que este pratica. Na primeira hipótese o agente visa a conjunção carnal, ou seja, a cópula entre pênis e vagina. Já na segunda hipótese o agente visa somente a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.⁸

O estupro é definido como a conduta típica consistente em constranger a mulher à prática de conjunção carnal, usando como meio a violência ou a grave ameaça. Dessa forma, é necessário que haja dissenso da vítima, excluindo-se o crime caso se verifique qualquer consentimento válido. Cabe frisar que neste delito somente se admite a mulher como sujeito passivo e o homem como sujeito ativo, não importando qualquer outra característica especial.⁹

Merece destaque o fato de que o legislador busca tutelar a liberdade sexual da mulher como um bem jurídico pertencente à sociedade, de acordo com os limites da moralidade sexual, e não como uma característica inerente à dignidade da pessoa humana.¹⁰

Como mencionado, a mulher não pode ser sujeito ativo do crime de estupro. Todavia, poderá atuar como co-autora ou partícipe nas hipóteses em que haja

⁶ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 08.

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 15 mar. 2014

⁸ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 740.

⁹ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 740..

¹⁰ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 54.

concurso de pessoas. Isso deriva da Teoria Unitária, acolhida pelo Código Penal¹¹, a qual prevê que mesmo que o delito seja praticado por várias pessoas em concurso, o crime continua único e indivisível. Sendo assim, todo aquele que pratica o delito juntamente com outras pessoas responde por ele em sua totalidade.¹²

A mulher poderá atuar praticando o verbo constranger, enquanto o homem pratica a cópula. Na hipótese de coagir o homem a praticar conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, será punida pelo delito de constrangimento ilegal (art. 146, CP).¹³ Caso venha agir como partícipe, a mulher poderá atuar instigando, induzindo ou auxiliando materialmente um homem.

Nesse sentido, cabe colacionar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“[...]
É sabido que a mulher pode responder pelo crime de estupro, como partícipe, por mandato, instigação ou auxílio, sendo desaconselhável, na hipótese dos autos, a exclusão de seu nome do processo, antes de concluída a instrução. Isso decorre da evidência da prova até agora apurada contra o paciente. Recurso improvido.”¹⁴

O legislador definiu a mulher como sujeito passivo do crime de estupro, contudo não atribuiu-lhe nenhuma característica específica, podendo esta se tratar de mulher solteira, virgem ou não, prostituta, separada, casada¹⁵, criando a possibilidade de o marido ser o sujeito ativo do crime. Dessa forma, haverá estupro quando o marido constranger sua esposa à prática de conjunção carnal, sendo o fato caracterizado como abuso de direito.¹⁶

¹¹ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 54.

¹² FARIAS, Osmar Lino. *Concurso de pessoas*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=911>. Acesso em: 25 maio 2014.

¹³ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 54.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 3.020*. Sexta Turma. Relator Min. José Cândido de Carvalho Filho. Brasília, 08 de fevereiro de 1994. (grifo nosso)

¹⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 54..

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 407. v.2.

Nesse sentido preleciona Dámasio “[...] embora com o casamento surja o direito de manter o relacionamento sexual, ele não autoriza o marido a forçar sua mulher ao ato sexual, empregando contra ela violência física ou moral.”¹⁷

O elemento subjetivo que caracteriza o tipo penal é o dolo.¹⁸ O estupro não admite a conduta na modalidade culposa, devendo o agente atuar consciente e com o intuito de cometer o delito. Mirabete defende a necessidade do elemento subjetivo injusto ou diferente do dolo. Em síntese a conduta delitiva deve ser injusta, bem como o indivíduo deve atuar com vontade.¹⁹

A execução do crime é por meio da violência ou grave ameaça. A violência a que se refere o artigo pode ser entendida como o uso da força física contra a integridade corporal de outro indivíduo, ou mesmo a violência contra a coisa, devendo esta recair, necessariamente, sobre a pessoa. Tal violência deve ser suficiente para impedir a reação da vítima, impossibilitando a mesma de repelir a agressão.²⁰

O emprego da violência física não deve ser confundido com a coação psíquica, que deverá ocasionar a ameaça ou grave ameaça. Contudo, o Código Penal de 1890 considerava a violência no sentido amplo da palavra, portanto, abrangia tanto a violência empregada sobre a pessoa quanto o constrangimento da sua vontade. Por essa razão fez-se necessária a distinção entre *vis physica* (força física) e *vis compulsiva* (constrangimento, ameaça).²¹

A lesão corporal leve e as vias de fato, quando resultantes do emprego da violência física, são absorvidas pelo delito de estupro e o agente será punido apenas pela prática deste crime e não por lesão corporal, posto que esta conduta será

¹⁷ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 739.

¹⁸ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 739.

¹⁹ MIRABETE apud TAQUARY, 2005. p. 56.

²⁰ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 13.

²¹ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 13.

resultante da prática daquela.²² As lesões corporais de natureza grave e o homicídio, caso praticados com dolo, configurarão concurso material com o crime sexual.²³

A ameaça, como modo de execução do crime, caracteriza-se pela violência moral e tem o intuito de atemorizar o indivíduo vitimado e afetar a sua psique, visando enfraquecer sua resistência bem como compeli-lo a aceitar a prática do ato sexual. A ameaça deve ser sobremaneira gravosa e capacitada a ocasionar um resultado moral, onde a promessa de dano feita pelo agente possa forçar a vítima a realizar aquilo que ele deseja²⁴.

A violência física ou real e a grave ameaça tem natureza de elemento constitutivo do tipo, circunstância qualificadora ou de aumento de pena. Portanto, para que haja a consumação do delito deve, necessariamente, ser praticada pelo agente.²⁵

Damásio chama a atenção para a resistência e o dissenso da vítima, que deve ser sincero e inequívoco, demonstrando reprimir o ato desejado pelo agente. Aqui, não há lugar para negativas tímidas nem resistência passiva, haja vista a necessidade de tal resistência ser repelida pelo uso da violência física ou moral.²⁶

Dessa forma, o consentimento da vítima ocasiona a inexistência do crime, exceto nas situações em que a violência é presumida, sendo a mulher incapaz de consentir validamente, como disposto no art. 224²⁷ do Código Penal.²⁸

O delito de estupro admite tentativa quando o fato não se consumar por circunstâncias alheias a vontade do agressor. O crime se consuma com introdução completa ou incompleta do membro viril no órgão sexual feminino.²⁹

²² JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 743.

²³ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 13.

²⁴ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 740.

²⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 13..

²⁶ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 740.

²⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 15 mar. 2014

²⁸ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 740

²⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 407. v.2.

No entanto, os atos executórios são iniciados no momento em que o agressor emprega a violência física ou a grave ameaça contra a vítima para forçar a conjunção carnal, que somente não se perfaz por motivos alheios à sua vontade. Portanto, tendo o agente constrangido a vítima para a prática do ato sexual, não obtendo êxito por motivos alheios à sua vontade, haverá tentativa de estupro.³⁰ Mesmo que o agente conduza a vítima para outro lugar sob grave ameaça e esta consiga se evadir antes de haver consumado o ato, configura-se tentativa de estupro.

O início dos atos executórios para a prática do estupro não se confundem com os atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Conclui-se ter havido tentativa de estupro pela análise da intenção do agente e o dolo em sua conduta. Em um, o agente visa a conjunção carnal, e no outro visa praticar o ato de libidinagem, que neste caso configurará atentado violento ao pudor.³¹

Podem ocorrer casos em que o agressor pratique atos libidinosos diversos da conjunção carnal (sexo oral ou anal), e logo após pratica a conjunção carnal. Segundo Capez, tais ações configuram duas situações distintas.

Na primeira situação, se os atos praticados preliminarmente fizerem parte da causa necessária ao desdobramento da conjunção carnal, o atentado violento ao pudor será absorvido pelo crime de estupro em decorrência do princípio da consunção, haja vista o ato praticado anteriormente configurar um meio necessário e preparatório da conjunção carnal.³² Como exemplo, cite-se a hipótese em que o agente compele a vítima a praticar sexo oral nele, com a finalidade de obter ereção e assim poder praticar a conjunção carnal.

Na segunda situação, os atos libidinosos praticados no início se distanciam da vontade da prática da conjunção carnal, sendo “mera renovação de ânimo de um agente já saciado em sua lascívia inicial”.³³ Nesse caso, existem dois contextos

³⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 410. v.2.

³¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 410. v.2.

³² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13. v.3.

³³ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13. v.3

autônomos. Por exemplo, o agente que constrange a vítima à prática de coito anal, e posteriormente a constrange à prática de conjunção carnal. A ação anterior não era necessária à prática da ação posterior, configurando ato independente. Nesse caso haverá dois crimes distintos, não se caracterizando hipótese de crime continuado, haja vista a autonomia de espécie dos dois tipos penais.³⁴

Cumprido destacar que, caso o agente venha a interromper a execução do crime por sua própria vontade, restará caracterizada a desistência voluntária.³⁵ Importante frisar que os atos já praticados constituem hipótese de atentado violento ao pudor caso a vítima tenha sido constrangida à prática de atos libidinosos preparatórios do coito.³⁶

O estupro é crime material e tem seu resultado previsto, ou seja, a conjunção carnal. Portanto, é imperioso que a conjunção carnal seja comprovada via exame de corpo de delito.³⁷ É possível que haja concurso de crimes entre o estupro e o atentado violento ao pudor, sob a condição de que se certifique acerca dos propósitos autônomos do agente, ou seja, a prática da conjunção carnal e também dos atos libidinosos diversos desta.³⁸

Tanto o estupro quanto o atentado violento ao pudor, em suas formas simples ou qualificadas, são considerados crimes hediondos e estão dispostos na Lei 8.072/90 por conta de sua gravidade.³⁹ Contudo, existe divergência quanto a este assunto, que aqui será analisado em momento posterior.

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13. v.3.

³⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 410. v.2.

³⁶ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 57.

³⁷ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 56.

³⁸ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 57.

³⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17. v.3.

Em se tratando do crime de atentado violento ao pudor, disposto no art. 214 do Código Penal, o legislador considerou esse delito tão grave quanto o estupro, de maneira que equiparou a pena de ambos.⁴⁰

O atentado violento ao pudor diverge do estupro no tocante ao ato sexual praticado pelo agressor, que se conceituam em atos libidinosos diversos da conjunção carnal, e também em relação ao sujeito passivo que pode ser tanto homem quanto mulher.⁴¹

Trata-se de delito de tipo misto alternativo ou de conteúdo múltiplo ou variado, vez que dispõe acerca de duas condutas a serem praticadas pelo agente: constranger a vítima a praticar ou constranger a permitir que com ele seja praticado. O tipo misto alternativo permite que o agente pratique duas condutas em um mesmo delito, sem que este responda em concurso de crimes.⁴²

Aqui, nota-se que o legislador visa tutelar a liberdade sexual do homem e da mulher, diferentemente do crime de estupro, em que só é protegida a liberdade sexual da mulher. Dessa forma, também não se exige qualquer condição especial da vítima para se configurar o delito.⁴³

Assim como acontece no estupro, o atentado violento ao pudor tem como elementar do tipo penal o constrangimento exercido sobre a vítima, bem como a violência e a grave ameaça⁴⁴, portanto, remete-se aos comentários feitos ao crime de estupro.

Cumprido frisar que o atentado violento ao pudor também exige que sua materialidade seja comprovada por meio do exame de corpo de delito, haja vista ser um crime material e com resultado previsto.⁴⁵

⁴⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 412. v.2.

⁴¹ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 59.

⁴² TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 60.

⁴³ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 60.

⁴⁴ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 60.

⁴⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 62.

Ao contrário do estupro, que somente se perfaz com a cópula entre pênis e vagina, aqui o ato não necessita que haja conjunção carnal. O atentado violento ao pudor visa a satisfação da lascívia do agressor, seu desejo sexual e possui um conteúdo bastante amplo, na medida em que abrange qualquer ação de cunho sexual que possua como finalidade a satisfação da libido.⁴⁶

Nesse sentido, leciona Mirabete:

“Trata-se, portanto, de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito anal, coito oral, coito *inter-femora*, *cunnilingue*, *anilingue*, heteromasturbação). Outros, não o sendo, contrastam violentamente com a moralidade sexual, tendo por fim a lascívia, a satisfação da libido. Estão incluídos os atos homossexuais como os de uranismo, pederastia, lesbianismo, tribadismo ou safismo. É considerado ato libidinoso o beijo aplicado de modo lascivo ou com fim erótico.”⁴⁷

Embora possua um conceito abrangente, deve-se atentar para o emprego ou não da violência ou da grave ameaça, pois somente assim estará configurado o crime de atentado violento ao pudor. Convém ressaltar que existem hipóteses em os atos do agente são apenas no sentido de importunar a vítima, não devendo ser conceituados como atos libidinosos, ainda que o toque seja em áreas de maior pudor.⁴⁸

Nesse sentido, Fernando Capez:

“Por outro lado um toque praticado por motivo de blague, troça ou apenas para provocar ou irritar a vítima, ainda que atingindo regiões pudicas, não configura atentado violento ao pudor, mas mera contravenção de importunação ofensiva ao pudor (LCP, art. 61). Convém frisar que não se trata de finalidade especial, percebida pelo agente, já que esta não é exigida pelo tipo, mas de realização de uma tendência interna transcendente, vinculada à vontade de realização do verbo do tipo. Assim, por exemplo, levantar a saia ou beliscar as nádegas da vítima apenas para provocá-la ou humilhá-la; dar um rápido beijo, sem introdução da língua e sem lascívia; apalpar os seios da ofendida a pretexto de tecer comentários irônicos sobre seu tamanho etc. caracterizam crime contra a honra ou mera

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25. v.3.

⁴⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 413. v.2.

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28. v.3.

importunação ofensiva ao pudor, dependendo do caso, mas não atentado violento ao pudor.”⁴⁹

Em sentido contrário, Damásio considera ato libidinoso que configura o delito algumas hipóteses como passar a mão nas pernas, coxas ou nas nádegas da vítima, ou até mesmo o abraço.⁵⁰

Nessa esteira, colaciono precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“[...]”

I - Restando devidamente prequestionada a matéria, não se fala em violação ao art. 619 do CPP, vez que não se observa omissão a ser sanada (Precedentes).

II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n.º 231 - STJ).

III - **Em nosso sistema, o delito de atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.**

IV - De outro lado, não é admissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e se utilizando de argumentos de equidade, tais como ser mais justo e proporcional ao caso concreto, em razão da alegada menor gravidade da conduta, desclassifique o delito de atentado violento ao pudor para contravenção penal. Recurso desprovido.”⁵¹

O grau de libidinosidade do ato do agressor não depende da compreensão da vítima e nem de seu entendimento acerca da sexualidade, pouco importando o seu pudor pessoal. Ainda que, subjetivamente, a ação do agente seja com a finalidade de satisfazer a própria lascívia, só será considerado atentado ao pudor quando, objetivamente, for considerado libidinoso.⁵²

Importa salientar que não será considerado atentado ao pudor a hipótese em que o agente compele a vítima a assistir o ato libidinoso praticado por terceiros, já que esta não estaria praticando o ato e nem permitindo que com ela se pratique, sendo estes elementos essenciais do tipo penal. Tal fato poderá ser caracterizado como o crime de constrangimento ilegal, previsto no art. 146 ou, caso a vítima seja

⁴⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28. v.3.

⁵⁰ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 747.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1105360*. Quinta Turma. Relator Min. Felix Fischer. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 abr. 2014. (grifo nosso).

⁵² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 414. v. 2.

maior de 14 anos e menor de 18, restará configurado o crime de corrupção de menores previsto no art. 218 do Código Penal.⁵³

O tipo penal comporta a possibilidade de ser perpetrado tanto ativa quanto passivamente. Na primeira ocasião, a vítima realiza o ato libidinoso ou, em virtude da violência ou grave ameaça, autoriza que com ela seja praticado. Já na segunda hipótese, a vítima é o sujeito passivo, tendo sua vontade anulada em virtude do emprego de violência.⁵⁴

Da mesma maneira como ocorre no estupro, aqui admite-se a tentativa como sendo a interrupção dos atos executórios por motivos alheios à vontade do agressor.

“Configura-se a tentativa do crime de atentado violento ao pudor quando há constrangimento da vítima para que ela pratique ou que permita, sempre mediante constrangimento, a execução dos atos libidinosos diversos da conjunção carnal, que não é obtida apenas em decorrência de circunstâncias alheias à vontade do agente, nos termos do art. 14, inciso II, do CP.”⁵⁵

Quando o agente interromper a execução do crime por sua vontade, deixando de avançar na execução ou impedindo o seu resultado responderá somente pelos atos já cometidos, conforme o disposto no art. 15 do Código Penal.⁵⁶

É possível o concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor, caso se comprove a vontade de praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal e, posteriormente, a conjunção carnal. Existe ainda a possibilidade de concurso material com o delito de perigo de contágio venéreo ou moléstia grave, dispostos nos arts. 130 e 131 do Código Penal.⁵⁷

O atentado violento ao pudor caracteriza-se ainda como crime único e continuado. No caso de o agente, no mesmo ato, praticar vários atos libidinosos contra a mesma vítima, haverá crime único. Já na hipótese de o agente, por diferentes ocasiões, constranger a vítima à prática de atos libidinosos, haverá crime

⁵³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 414. v. 2.

⁵⁴ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 748.

⁵⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 62.

⁵⁶ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 62.

⁵⁷ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 63.

continuado. Ainda que as vítimas sejam diferentes, existe o crime continuado, desde que presentes os demais requisitos previstos no art. 71, parágrafo único, do Código Penal.⁵⁸

Os crimes previstos nos arts. 213 e 214 podem ser qualificados pelo resultado disposto no art. 223 do Código Penal⁵⁹. O *caput* prevê: “Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão de oito a doze anos”. Já o parágrafo único dispõe que: “Se do fato resulta a morte. Pena – reclusão, de doze a vinte e cinco anos”.⁶⁰ A Lei refere-se a lesão de natureza grave, que por sua vez deve ser interpretada no sentido amplo, abarcando tanto a lesão grave quanto a gravíssima.⁶¹

As qualificadoras previstas no art. 223 são de natureza preterdolosa, haja vista o agente ter dolo no tipo antecedente, quando pratica o estupro ou o atentado violento ao pudor, e culpa no resultado posterior, qual seja lesões graves ou morte. Caso haja dolo no resultado posterior restarão concretizados os crimes autônomos, estupro ou atentado violento ao pudor e lesões graves dolosas, em concurso material.⁶²

Por oportuno, cumpre ressaltar que ambos os delitos aqui analisados comportam a aplicação do instituto da violência presumida, previsto no art. 224 do Código Penal e que será analisado com mais detalhes no capítulo subsequente. Por hora, cabe frisar que trata-se de hipótese em que o legislador presume a violência caso tais delitos sejam praticados contra vítimas que se encontrem nas situações prevista no art. 224.⁶³

1.2 Da presunção de violência

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32. v.3.

⁵⁹ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 15 mar. 2014

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31. v.3.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57. v.3.

⁶² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57. v.3.

⁶³ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 14.

O instituto da presunção de violência está previsto como requisito do tipo penal no art. 224 do Código e figura como causa especial de aumento de pena disposto no art. 9º da Lei nº 8.072/90⁶⁴. Trata-se de violência ficta, em que o legislador prevê situações em que se presume a violência para que se configure o crime sexual.⁶⁵

A teoria da presunção de violência encontrou guarida em diversos países, e aqui no Brasil tem sua previsão desde o Código da República de 1890, posteriormente na Consolidação das Leis Penais de 1932, no Código Penal de 1969, que não entrou em vigor e por fim no Código Penal de 1940, que passou a retratá-la no capítulo destinado aos Crimes contra os costumes.⁶⁶

1.2.1 Hipóteses de cabimento

Em tais hipóteses, o legislador entende que a vítima não seja capaz de proferir seu consentimento válido ou por outro motivo não pode oferecer resistência e, portanto, presumia-se que o agente teria atuado com violência e, conseqüentemente, forçado a prática do ato sexual.⁶⁷

Ainda que ausente a violência real e presente o consentimento da vítima, haverá presunção do estupro caso esteja presente alguma das hipóteses elencadas no art. 224. O estupro, praticado com violência real ou presumida, faz parte do mesmo tipo penal, tendo inclusive penas idênticas.⁶⁸

Dispõe o art. 224, *in verbis*:

“Presume-se a violência, se a vítima:

a) Não é maior de 14 (catorze) anos;

⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990*.1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 mar. 2014.

⁶⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 14.

⁶⁶ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 14.

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32. v.3.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64. v.3.

- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”⁶⁹

Ressalte-se que o presente trabalho tem por fim analisar com maior profundidade a alínea “a” do art. 224. Contudo, para fins de esclarecimento, convém dispor um breve relato acerca das demais hipóteses aludidas no referido artigo em que se presume a violência.

Vejamos as considerações feitas pelo legislador para cada uma das hipóteses elencadas no art. 224.

a) vítima com idade inferior ou igual a 14 anos.

De acordo com o entendimento do legislador, o indivíduo que se encontre nessa faixa etária não possui capacidade de consentir validamente para a prática dos atos sexuais, em razão da sua imaturidade.⁷⁰

Nessa esteira entende Néelson Hungria:

“fiel a um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a Carpsórvio, o Código presume o finge a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido.”⁷¹

Nesse caso, nenhum valor é conferido ao consentimento dado pela vítima, sendo este absolutamente nulo e irrelevante. O art. 224 tem por fim conferir proteção ao menor plenamente incapaz de discernir acerca das práticas sexuais.⁷²

Nesse sentido, preleciona Luiz Flávio Gomes:

“O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento.”⁷³

⁶⁹ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 777.

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58. v.3.

⁷¹ HUNGRIA, Nelson apud GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 17.

⁷² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61. v.3.

⁷³ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 16.

Portanto, mesmo com o consentimento da vítima, o agente que mantiver conjunção carnal com pessoa de idade igual ou menor que quatorze anos estará incorrendo no delito de estupro, vez que a violência é presumida.⁷⁴

A menoridade da vítima é comprovada por meio de registro civil. Contudo, caso esta inexista, outros elementos podem ser utilizados como meio de prova, como a certidão de batismo ou exames fisiológicos.⁷⁵

Discute-se na doutrina se a presunção de violência em virtude da idade da vítima é de natureza absoluta ou relativa. Contudo, este assunto será analisado no próximo ponto, cabendo agora discorrer acerca das demais hipóteses de violência presumida.

b) vítima alienada ou débil mental.

A segunda hipótese de presunção de violência ocorre quando a vítima se encontra alienada ou em situação de debilidade mental. Em tal situação, a vítima deve ser completamente incapaz de compreender o caráter de sua ação ou de se autodeterminar de acordo com esse entendimento. Trata-se de dolo abrangente, pois é necessário que o agressor conheça o estado mental em que se encontra a vítima, não bastando o dolo eventual.⁷⁶

Nesse sentido, Mirabete:

“A condição psíquica da vítima é, no caso, idêntica à dos inimputáveis a que se refere o art. 26, isto é, a alienação ou debilidade mental deve ser de molde a abolir inteiramente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno. Alienação é um termo amplo que impede a pessoa de ter capacidade ética para o ato a que consente, o que também ocorre com a debilidade mental mais grave.”⁷⁷

Aqui, a presunção de violência é de natureza relativa posto que o próprio legislador exige que o agente possua conhecimento do estado doentio da vítima. Ademais, para que reste configurado o delito é necessário prova da doença ou

⁷⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64. v.3.

⁷⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 444.v.2.

⁷⁶ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 780.

⁷⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 445. v.2.

debilidade mental, obtida por meio de laudo pericial. Não basta a simples alegação da doença.⁷⁸

Dessa forma, a ausência de laudo pericial não comprova a materialidade do crime em questão, já que se trata de elementar do crime e que integra o fato típico.⁷⁹

c) vítima impossibilitada, por qualquer razão, de oferecer resistência.

A terceira e última hipótese em que se presume a violência são as situações em que a vítima, por qualquer razão, se encontre impossibilitada de oferecer resistência diante do ato violento.

Trata-se de hipótese bastante abrangente, na medida em que o legislador busca tutelar o direito de todas as vítimas que estejam impossibilitadas de oferecer resistência.⁸⁰ Aqui a vítima não é menor de idade e nem alienada ou débil mental, mas ainda assim seu consentimento é inválido.⁸¹

São os casos, por exemplo, de enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, sono mórbido, desmaios, estados de embriaguez alcoólica, estado de embriaguez ou inconsciência decorrente de ingestão ou ministração de entorpecentes etc.⁸²

Nessa hipótese, a presunção também possui natureza relativa, pois necessita que seja comprovada a real impossibilidade de oferecer resistência.⁸³

1.2.2 Da interpretação do art. 9º da Lei 8.072/90

Há divergências no tocante à aplicação do aumento de pena previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/90. Duas correntes se contrapõem: 1ª) entende ser cabível a aplicação do aumento de pena até a metade, nos crimes cometidos nos termos do

⁷⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63. v.2.

⁷⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63. v.3.

⁸⁰ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 34.

⁸¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63. v.3.

⁸² JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 780.

⁸³ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63. v.3.

art. 224⁸⁴; b) não é cabível a aplicação do aumento de pena, haja vista o agente já estar respondendo pelo crime. A incidência do tipo penal previsto no art. 224 exclui a utilização do art. 9º como causa de aumento de pena, sob o risco de constituir o *bis in idem*.⁸⁵

Em favor da posição da primeira corrente, preleciona Damásio de Jesus:

“A pena de estupro, em qualquer das suas formas típicas, é agravada da metade, respeitando o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima nas condições do art. 224 do Código Penal, de acordo com o art. 9º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispôs sobre os crimes hediondos.

[...]

São de aplicação obrigatória e de natureza objetiva. Não obstante seu caráter objetivo, exige-se, para a agravação da pena, que integrem o dolo do sujeito, como consta do texto relacionado com a deficiência psíquica da vítima (dolo abrangente), admitindo-se a incidência de erro de tipo escusável (art. 20 do CP).⁸⁶

Por outro lado, doutrinadores como Luiz Flávio Gomes, entendem não ser possível aplicar o aumento de pena nos crimes de violência presumida por duas razões: 1º) tal hipótese configura *bis in idem*; e b) esse aumento só deve ser aplicado caso haja lesão corporal grave ou morte.⁸⁷

Corroborando a ideia de configurar *bis in idem*, colaciono precedente do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

1. É pacífico na Jurisprudência desta Corte que, se os fatos narrados na denúncia, de forma explícita ou implícita, autorizam a nova definição jurídica, ocorre a *emendatio libelli* e não a *mutatio libelli*, tendo em vista que o réu se defende da imputação fática e não da imputatio iuris.

2. Consoante pacífico magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, reconhecer a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei 8.072/90, nos casos de presunção de violência constituiria repudiável bis in idem, tendo em vista que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

3. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão

⁸⁴ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 778.

⁸⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 14.

⁸⁶ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 743.

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 148.

de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art.2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastado restou o óbice à execução progressiva da pena. 4. O paciente não faz jus aos benefícios previstos nos arts. 44 e 77 do Código Penal, uma vez que não preenche os requisitos objetivos referentes à quantidade de pena aplicada. 5. Ordem parcialmente concedida para, excluída a majorante prevista no art. 9º da Lei 8.072/90, fixar a pena do réu em 6 anos de reclusão, bem como para afastar a proibição da progressão de regime de cumprimento da pena, cuja efetivação, todavia, dependerá da análise, por parte do Juízo das Execuções Criminais, dos requisitos legais, objetivos e subjetivos, exigidos para a concessão do benefício.”⁸⁸

Portanto, se o sujeito já responde por manter conjunção carnal com menor de quatorze anos, por exemplo, já se presumindo a violência e conseqüentemente aumentando a sua pena, não é admissível que venha a ser majorada com fundamento no mesmo fato, ou seja, manter conjunção com pessoa menor de quatorze anos.⁸⁹ Nesse caso, a faixa etária já constitui elemento do tipo e por isso não se admite o aumento da pena, pois caso ocorra restará por fazer incidir a elemento duas vezes: uma para configurar o delito e outra para majorar a pena.⁹⁰

Dessa forma, há o entendimento de que a causa de aumento de pena só incidirá caso haja lesão corporal grave ou morte em decorrência do emprego de violência, pois a lei dispõe “art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único”, reiterando a fórmula para o art. 214, do Código Penal.⁹¹

Assim, a hipótese prevista no art. 9º da Lei 8.072/1990 caberá somente quando ocorrer lesão corporal grave ou morte pois, nesse caso, a violência aplicada contra o menor será real.⁹²

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 86.197*. Quinta Turma. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 24 de junho de 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 maio. 2014. (grifo nosso)

⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 148.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 148.

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 149.

⁹² BORGES, Júlia Melo Saldanha. *Relativização da violência sexual presumida e a tutela do menor*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12815/relativizacao-da-violencia-sexual-presumida-e-a-tutela-do-menor/1>> Acesso em: 02 jun 2014.

A violência é presumida na medida em que o legislador imagina, cria uma situação jurídica em detrimento de uma situação real na qual a vítima não poderia consentir validamente. Na realidade não existe o emprego da violência física ou moral, mas o legislador se previne estabelecendo situações em que a vítima não possui vontade e, portanto, não pode consentir ou resistir ao ato.⁹³

“Presumir algo é, antes de tudo, fazer um julgamento antecipado segundo certas probabilidades, ou elementos considerados como prováveis. Presumir também é fazer uma suposição, uma suspeição a respeito de algum elemento que compõe um todo.”⁹⁴

A presunção de violência não deve ser interpretada como um meio de prova, mas sim como uma hipótese que, quando verificada, ocasiona uma maior punição do agressor ou a qualificação em um outro tipo penal em que a violência seja requisito.⁹⁵

As situações previstas pelo legislador no art. 224 visam a proteção da criança e do adolescente, do alienado mental, bem como das pessoas que por algum motivo não podem oferecer resistência. Cumpre frisar que a proteção da criança e do adolescente, previstas no tipo penal, decorre de preceito constitucional previsto no art. 227, § 4º da Constituição Federal que prevê: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.⁹⁶

Há divergência acerca da inconstitucionalidade da violência presumida, já que a mesma conflita com o princípio norteador do Estado Democrático de Direito: a presunção de inocência. Segundo Luiz Flávio Gomes, o atual Estado de Direito não comporta a punição de alguém com base em presunções fáticas pois “cada um deve responder por aquilo que ‘faz’ e na medida da sua culpabilidade”.⁹⁷

O Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de entender que a presunção de violência não é inconstitucional, pois não discorre acerca da

⁹³ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 15.

⁹⁴ NASCIMENTO, Santiago Fernandes do. *Análise crítica na presunção de violência nos crimes sexuais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 98, n. 880, p. 394-452, fev. 2009.

⁹⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 29.

⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. p. 60.

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 19.

presunção de inocência do agente, mas sim da incapacidade do menor de quatorze anos em dispor dos atos sexuais.⁹⁸

1.2.3 Presunção absoluta e presunção relativa

A expressão ‘presunção de violência’ aplicada aos casos em que a vítima do crime sexual era menor de quatorze anos, quando empregada no ordenamento jurídico brasileiro, gerou inúmeros debates. Além da sua natureza jurídica – se relativa ou absoluta – debatia-se sobre a sua constitucionalidade. Não é incomum encontrar na legislação brasileira inúmeros julgados divergentes relacionados à qualidade da violência presumida.

Para uma das correntes, versa o entendimento de que a presunção de violência é de natureza absoluta e o possível consentimento do menor não possui qualquer carga valorativa. Basta para tanto que se consuma o ato sexual, levando-se em conta a incapacidade volitiva do menor e a impossibilidade deste em exercer sua autodeterminação sexual.

A presunção absoluta não admite prova em contrário e, portanto, impossibilita que o magistrado faça qualquer valoração caso verifique uma eventual capacidade de consentimento da vítima na situação concreta.⁹⁹ Embora o fundamento para a presunção de inocência seja o fato de que o menor não possui capacidade de se autodeterminar sexualmente, os defensores dessa corrente entendem que não cabe ao aplicador da norma questionar esse pressuposto. O próprio legislador instituiu a idade, impedindo assim que o juiz possa auferir caso a caso o grau de maturidade do menor.¹⁰⁰

Outrossim, não há como aceitar que haja consentimento válido da vítima, pois esta é incapaz de descaracterizar a ocorrência do fato criminoso. O ponto crucial que impede esta corrente de não atribuir valor ao consentimento da vítima fundamenta-se na impossibilidade do menor ter compreensão acerca do ato sexual

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 81.268*. Primeira Turma. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de outubro de 2001. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 21.

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 21.

praticado, faltando-lhe maturidade tanto mental, quanto física para avaliar as consequências da prática da relação sexual.¹⁰¹

Nessa mesma esteira, a incapacidade de consentimento do menor gera um dever de abstenção por parte do agente, portanto, será tratada como irrelevante até mesmo a conduta de iniciativa e provocação por parte da ofendida.

No sentido da primeira corrente, cabe colacionar o julgado proveniente do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“[...]”

1. O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida ser a vítima menor de 14 anos, em que, ainda que não haja efetiva violência física ou real, será essa presumida, diante da indubitosa restrição da capacidade volitiva da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual.
2. Estando tal proteção apoiada na *innocentia consilii* da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas consequências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto. Precedentes do STJ e STF.
3. O acusado não desconhecia a menoridade da vítima, que era enteada de seu pai, e a levava a um hotel onde mantinha relações sexuais com a menina, de apenas 13 anos, no horário em que a mesma deveria estar na escola.
4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.¹⁰²

Em contrapartida, uma segunda corrente entende que a presunção de violência possui caráter relativo, ou seja, admite prova em contrário, podendo a conduta ou consentimento da suposta vítima afastar o ilícito da ação do acusado. De acordo com os doutrinadores que defendem a relativização da presunção, a presença desse instituto ocasiona decisões injustas que por vezes não condizem com a realidade dos fatos.¹⁰³

O Direito Penal Brasileiro baseia-se na culpa e por essa razão quem defende sua relativização entende ser inadmissível que haja presunções fáticas, bem como

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 26.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 86.808*. Quinta Turma. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 11 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.

¹⁰³ FRAGOSO apud GOMES. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 49.

inadmite a responsabilidade objetiva do agente quando a conduta possui elemento subjetivo. Além disso, tal instituto é anterior à Constituição Federal, não sendo por ela recepcionado.¹⁰⁴

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes:

“Violência é fato e fato não pode ser presumido pelo legislador, principalmente quando vem em prejuízo do autor do fato que, aliás é presumido *inocente*. Nosso *ius positum* teria seguido melhor caminho se tivesse aderido ao sistema que permite o exame dos requisitos típicos do crime sexual em cada caso concreto, conforme haja ou não lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido (*nullum crimen sine iniuria*).”¹⁰⁵

A presunção adquire natureza relativa quando a vítima, a despeito de sua menoridade, é capaz de consentir, bem como de se autodeterminar sexualmente, aderindo ao ato sexual sem que contra ela seja exercido qualquer ato violento.¹⁰⁶

“Há muito, paulatinamente, vem perdendo em absolutismo o prestígio da idade cronológica como fator de violência ficta[...] Exige-se, hoje, um mínimo de compostura prévia da vítima a justificar a tutela penal [...] Daí a conveniência, para uma Justiça que se ajuste à realidade, de se acrescentarem alguns requisitos à simples faixa etária das vítimas. De se afastar, portanto, a presunção de violência se comprovadamente devassa a vítima[...].”¹⁰⁷

No tocante à relativização da violência presumida, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Crime contra a liberdade sexual (estupro). Menor de 14 anos (presunção de violência relativa). Consentimento válido da menor (relevância).

1. É missão fundamental do Penal tutelar bens jurídicos, todavia a sua intervenção depende de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem tutelado pela norma. Não há responsabilidade penal por ato de outrem, tampouco por ato inexistente.
2. Reputa-se relativa a violência presumida disposta no inciso a do art. 224 do Cód. Penal.
3. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e contra a violência sexual de homem ou mulher, e não contra atos sexuais que

¹⁰⁴ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 15.

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 19.

¹⁰⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 53.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 62.

se baseiem em vontade livre e consciente.
 4. No caso, o consentimento não-viciado e o livre convencimento da menor de 14 anos para a prática da conjunção carnal com o namorado elidem a tipificação do crime de estupro.
 5. Recurso do qual se conheceu pelo dissídio, mas ao qual se negou provimento.”¹⁰⁸

A relatividade da violência presumida não deve ser confundida com a hipótese de erro de tipo, que corresponde a situação em que o agente não possui conhecimento acerca da idade da vítima e, portanto, ignorando a elementar de violência presumida.¹⁰⁹

É o denominado *error aetatis* que, nas hipóteses em que for vencível tem o condão de relativizar a violência presumida com fundamento na idade da vítima. Caso seja reconhecido o erro de tipo na conduta do agente, exclui-se o dolo e conseqüentemente o crime.

Dessa forma, tomando como exemplo a situação em que o sujeito é levado a acreditar que a vítima possuía mais de quatorze anos em razão de a mesma aparentar ter mais idade e possuir um corpo avantajado, e nesta hipótese verificar-se que qualquer homem médio seria capaz de ser enganado, não se aplica a violência presumida, em razão de estar demonstrado o erro essencial invencível.¹¹⁰

1.2.4 Erro de tipo segundo o voto do Ministro Marco Aurélio.

Embora o a jurisprudência tenha se sustentado no sentido de ser absoluta a presunção de violência, em 1996 o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, na qualidade de relator do *Habeas Corpus*, proferiu voto no sentido de absolver o paciente que manteve conjunção carnal com menor, que à época dos fatos possuía 12 anos e sob a justificativa de que a mesma parecia possuir mais idade.¹¹¹

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 542324*. Sexta Turma. Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 09 de dezembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 62. v.3.

¹¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 60.

¹¹¹ BORGES, Júlia Melo Saldanha. *Relativização da violência sexual presumida e a tutela do menor*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12815/relativizacao-da-violencia-sexual-presumida-e-a-tutela-do-menor/1>> Acesso em: 02 jun 2014.

Na decisão por maioria, foi deferido o pedido de *Habeas Corpus*, que restou assim ementado:

“ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.”¹¹²

De acordo com os fatos narrados, a defesa pleiteava a concessão da ordem de *Habeas Corpus* com fundamento na situação em que, de fato, o paciente acreditava que a vítima possuía idade superior aos doze anos, tendo em vista seus relacionamentos anteriores, bem como a vida promíscua que a mesma levava.

Apesar de a legislação buscar proteger o interesse do menor quanto aos crimes sexuais, sob o fundamento de que os mesmos, em razão de sua faixa etária, não possuem condição alguma de consentimento válido, o Ilustre Ministro ressaltou que o instituto da presunção de violência não se coaduna com a realidade vivida pela sociedade no que diz respeito ao acesso às experiências sexuais.¹¹³

“A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. [...]Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural.”¹¹⁴

O Código Penal foi editado em 1940, onde é reconhecido que a sociedade estava inserida em um cenário moral completamente diferente dos dias de hoje e àquela época, conforme aduz o Ministro, pessoas com a idade de doze anos eram

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 73662. Segunda Turma. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 21 de maio de 1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.

¹¹³ BORGES, Júlia Melo Saldanha. Relativização da violência sexual presumida e a tutela do menor. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12815/relativizacao-da-violencia-sexual-presumida-e-a-tutela-do-menor/1>> Acesso em: 02 jun 2014.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 73662. Segunda Turma. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 21 de maio de 1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.

de fato tratadas como crianças. Dessa forma, não é passível que a situação disposta no Código editado nos anos 40, seja comparada à situações ocorridas nos dias atuais pois, nas palavras de Marco Aurélio “Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos”.¹¹⁵

Assim, é possível auferir que um Código Penal ultrapassado não é capaz de atender às necessidades da sociedade, tampouco acompanhar a evolução de seu comportamento. Com isso, o autor do voto chama atenção para o fato de que um Código enrijecido não acompanha a evolução dos costumes, restando por criar obstáculos para que seja conferida uma real proteção à esta evolução. Dessa maneira, o aplicador da norma, deve ser flexível no sentido de adequar o texto à uma situação concreta, o que consubstanciará as características de uma sociedade ágil e evoluída socialmente.¹¹⁶

“De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público.”¹¹⁷

Por fim, diante dos motivos explicitados no voto, o Ministro Marco Aurélio deixou consignado que a natureza da presunção de violência é relativa, na medida em que deve se adequar ao caso concreto. Dessa forma, diante do fato exposto e conforme a fundamentação do voto, em razão da vida promíscua e dissoluta da vítima coadunado com o fato de a mesma aparentar possuir mais idade, configura hipótese de erro de tipo, não tendo o agente praticado crime algum.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 73662*. Segunda Turma. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 21 de maio de 1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.

¹¹⁶ BORGES, Júlia Melo Saldanha. Relativização da violência sexual presumida e a tutela do menor. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12815/relativizacao-da-violencia-sexual-presumida-e-a-tutela-do-menor/1>> Acesso em: 02 jun 2014.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 73662*. Segunda Turma. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 21 de maio de 1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.

2 DO REGIME POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009

Após serem tecidas as considerações à respeito do regime anterior à vigência da reforma penal de 2009, passa-se agora à análise das mudanças instituídas pelo advento da Lei 12.015/2009¹¹⁸, que modificou o Título do capítulo referente aos crimes sexuais, bem como dispôs sobre a criação da figura do vulnerável.

2.1 Mudança de visão – a tutela da dignidade sexual

A Lei 12.015/2009 desempenhou profundas mudanças no capítulo designado aos crimes sexuais, fazendo com que o Título que antes vigorava sob a rubrica de “Crimes contra os costumes” passasse então a vigor com o Título de “Crimes contra a dignidade sexual”. Havia tempo que a doutrina empreendia esforços na tentativa de que essa modificação fosse feita, haja vista que a nomenclatura “crimes contra os costumes” já não representava a realidade na qual a sociedade estava inserida, pois tratava-se de um termo arcaico que visava proteger a maneira como as pessoas se comportavam sexualmente perante o meio social.¹¹⁹

O parâmetro comportamental dos indivíduos baseava-se nas regras ditadas pela sociedade e devido à grande influência sofrida pelo Estado por parte da Igreja, qualquer prática de conduta extramatrimonial era considerada crime. Sendo assim, a lei penal passou a coibir os atos que atentassem contra os interesses individuais, da família e as relações civis estabelecendo um ideal de pudor, liberdade, honra sexual e, conseqüentemente, a moral pública social.¹²⁰

Segundo Nelson Hungria, os costumes poderiam ser definidos como:

“hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplinas sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta materia*, é o

¹¹⁸ BRASIL. *Lei nº 12.015/2009 de 7 de agosto de 2009*. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em 06 ago. 2014.

¹¹⁹ GRECO, Rogério. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>. Acesso em: 02 set 2014.

¹²⁰ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo. *Reforma Penal: comentários as alterações do Código Penal em 2009*: Leis nº 11.923, 12.012, 12.015. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.”¹²¹

As questões acerca da sexualidade dos indivíduos de uma sociedade sempre foram objeto de preocupação por parte dos doutrinadores penais e, dessa forma, a impropriedade do termo “costumes” já era conhecida, surgindo assim a necessidade de reformar o Título IV do Código Penal, pois este não mais demonstrava o bem jurídico que a legislação pretendia tutelar.¹²²

Noutro passo, sabe-se que na medida em que a legislação anterior tratava sobre os crimes contra os costumes, esta na verdade visava conferir proteção aos parâmetros éticos de uma sociedade em relação aos fatos sexuais.¹²³ Na antiga legislação, o conceito de liberdade sexual estava coadunado com os ideais de honra, não sendo utilizado como um atributo da pessoa humana, mas sim no âmbito da moralidade pública.¹²⁴

Após o advento da reforma penal de 2009, a intenção do legislador não mais se fundava em proteger o modo como as pessoas se comportavam sexualmente frente os demais, senão a sua liberdade sexual individual. Notoriamente, buscou-se exaltar a dignidade sexual do indivíduo, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana que é uma das bases do Estado Democrático de Direito.¹²⁵

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet traz à baila o conceito de dignidade da pessoa humana:

“a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra o todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-

¹²¹ HUNGRIA, Nelson apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 899.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2014. p.41. v.4.

¹²³ GRECO, Rogério. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>. Acesso 02 set. 2014.

¹²⁴ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 9.

¹²⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 1.

responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹²⁶

Dessa forma, a norma buscou conferir proteção, em um sentido amplo, à dignidade sexual do indivíduo, pois ao Estado não mais interessava proteger os interesses do corpo social, mas sim da pessoa humana como sujeito de direitos. Leva-se em consideração o dano causado efetivamente à vítima, sem depender do reflexo causado à sociedade, não sendo relevante aquilo que era moralmente aceito perante os demais.¹²⁷ Em sentido mais específico temos a tutela da liberdade sexual do indivíduo.

Sobre a liberdade sexual, pondera Muñoz Conde:

“a liberdade sexual, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como um bem jurídico merecedor de uma proteção penal específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral.”¹²⁸

Nesse contexto, a liberdade sexual condiz com a faculdade inerente a cada indivíduo em dispor livremente da escolha tanto do parceiro sexual como quando e onde exercitá-la, compondo assim um bem jurídico independente, que difere da liberdade em sentido amplo, com condições suficientes para receber a tutela penal.¹²⁹ A liberdade sexual diz respeito ainda à plenitude do desenvolvimento da personalidade da pessoa humana referente à sexualidade.¹³⁰

Cezar Roberto Bitencourt chama a atenção para a importância de se ter um conjunto de regras, sem conotação jurídica, com o intuito de regular o comportamento sexual dos indivíduos perante os demais, estabelecendo assim um critério de hábitos e condutas que formam um parâmetro comportamental onde se

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 60.

¹²⁷ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 2.

¹²⁸ CONDE, Muñoz apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.42.v.4.

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.43. v.4.

¹³⁰ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo. *Reforma Penal: comentários as alterações do Código Penal em 2009: Leis nº 11.923, 12.012, 12.015*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20.

admita a autonomia da vontade para se autodeterminar acerca do exercício da liberdade sexual de cada um, livremente.¹³¹

A esse conjunto de regras acerca do comportamento sexual, Muñoz Conde denomina de ‘moral sexual’, sendo “aquela parte da ordem moral social que ‘orienta’ dentro de determinados limites as manifestações do instinto sexual das pessoas.”¹³²

Deve-se lembrar que não é essa “moral sexual”, aqui definida por Conde, o bem jurídico resguardado pelo legislador. O Direito Penal não tem por fim tutelar as regras dotadas unicamente de ética ou moral, mas visa conferir proteção aos bens jurídicos definidos em cada norma penal.¹³³ Assim, quando da análise do caso concreto para verificar o bem jurídico violado em cada tipo penal, deve-se utilizar como critério justamente esses elementos normativos-culturais, adequando-os sob o prisma do Estado Democrático de Direito.¹³⁴

Em síntese, o que se busca com a proteção da dignidade da pessoa humana, consubstanciada na liberdade sexual da cada um, é tutelar a efetiva lesão ao bem jurídico em comento, sem a necessidade de se levar em questão aquilo que é ou não moralmente aceito pela sociedade, tomando as devidas providências no intuito de combater a violência sexual, a qual não era regulada de maneira eficaz pela legislação precedente.¹³⁵

Dessa forma, é possível proporcionar tanto à mulher quanto ao homem o livre direito de se recusar a ter práticas sexuais com quem não queiram, afastando o constrangimento contra quem quer que seja, inclusive seu cônjuge.

2.2 Estupro e atentado violento ao pudor como crime único

¹³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.43. v.4.

¹³² CONDE, Muñoz apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.43. v.4.

¹³³ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo. *Reforma Penal: comentários as alterações do Código Penal em 2009: Leis nº 11.923, 12.012, 12.015*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.43. v.4.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

Antes da vigência da Lei 12.015/2009, tanto a doutrina quanto a jurisprudência apontavam os crimes de estupro e atentado violento ao pudor como concurso material de crimes. Desta feita, caso o agente praticasse com a vítima conjunção carnal e, após isso, compelisse a mesma, por exemplo, à prática de coito oral, responderia pelas condutas tipificadas no art. 213 e 214 do Código Penal, somando-se suas penas para fins de condenação.¹³⁶

Nesse sentido, antes da reforma do Código, aduziu o Supremo Tribunal Federal:

“[...]”

1. Esta corte já teve oportunidade de solucionar a questão controvertida na esfera doutrinária, podendo ser colacionados julgados no sentido de que **"não há falar em continuidade delitiva dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor"** (HC nº 70.427/RJ, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 24-9-1993), ainda que "perpetrados contra a mesma vítima" (HC nº 688.77/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 21-2-1992).

2. Além disso, consoante se depreende da sentença condenatória, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram cometidos contra duas filhas menores do paciente, ou seja, contra vítimas diferentes, havendo, portanto, completa autonomia entre as condutas praticadas.

[...]”¹³⁷

Dessa forma, como não era admitido que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor pudessem figurar como crimes continuados, permitia-se apenas a absorção dos atos do agente pelo estupro, sendo considerados como meros atos preparatórios da conduta tipificada. Cite-se como exemplo os toques no corpo da vítima, que nesta hipótese estavam enquadrados como atos participantes da ação criminosa do estupro, não sendo definidos como crime autônomo.¹³⁸

A redação anterior do delito de estupro dispunha o seguinte: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Após a mudança

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 96.942*. Segunda Turma. Relator Min Ellen Gracie. Brasília, 02 de junho de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 set. 2014.(grifo nosso).

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

da lei, o crime citado passou a vigorar no art. 213 com a seguinte rubrica: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

A princípio, cumpre salientar a respeito da mudança no sujeito passivo do delito. A inserção do vocábulo ‘alguém’ como substitutivo do vocábulo ‘mulher’ permitiu que a conduta sexual proibida fosse perpetrada em face de qualquer pessoa, não importando tratar-se de homem ou mulher. Na redação anterior, em virtude de ser um crime próprio, somente a mulher poderia figurar como vítima do delito, sendo punida unicamente se atuasse nas modalidades de co-autoria ou participação.

Com a reforma penal, o crime de estupro tornou-se um crime comum, ou seja, aquele que pode ter como sujeito ativo ou passivo, sem diferença alguma, tanto homem quanto mulher. Na mesma linha de raciocínio, em se tratando de sociedade conjugal.

Por conseguinte, a conduta que caracterizava o crime de atentado violento ao pudor foi integrada ao delito de estupro, extinguindo expressamente o art. 214 do diploma penal. Dessa forma, a conduta tipificada no art. 213 abarcou a prática da conjunção carnal e também dos atos libidinosos diferentes desta. Assim, no atual regime decorrente da vigência da Lei 12.015/2009, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura crime único, sendo assinalado como um delito de ação múltipla ou, no mesmo sentido, um tipo penal misto alternativo.¹³⁹

Como pondera Guilherme Nucci, não importa se o agente praticar uma, duas ou mais condutas descritas no tipo penal, pois estas sempre irão configurar um crime único:

“Assim, quando a conduta for praticada no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, não caberia o concurso material de infrações. Neste modo, o núcleo do tipo é singular, sendo caracterizado pelo verbo *constranger*. A pluralidade de condutas não implicaria pluralidade de crimes, diferentemente do que ocorria até então.”¹⁴⁰

¹³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

A título de esclarecimento, convém destacar as diferenças entre a conjunção carnal e os atos libidinosos diferentes desta. A conjunção carnal, segundo alguns doutrinadores, pode ser definida como a cópula vagínica entre homem e mulher, ocorrendo a penetração completa ou incompleta do membro viril masculino no órgão genital feminino. Sob outro prisma, o ato libidinoso é caracterizado como o ato carnal, estimulado pela lascívia sexual, capaz de ocasionar excitação e prazer sexual. Como exemplos de atos libidinosos diversos da conjunção carnal temos o *cunnilingus*, o *pennilingus*, a *sodomia*, entre outros.¹⁴¹

No entanto, há doutrinadores que defendem que a unificação dos artigos se trata de tipo penal misto cumulativo, como é o caso de Vicente Greco Filho. Diante disso, o autor defende que a unificação dos crimes em questão não resulta no cometimento de crime único quando as condutas são diversas, haja vista não haver proporcionalidade quando da aplicação de apenas um estupro se o fato restou perpetrado em mais de uma das modalidades, ou seja, a conjunção carnal e os outros atos libidinosos.¹⁴²

Nesse sentido aduz o autor:

“Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal, pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos etc., cada um desses caracteriza crime diferente, cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis. A situação em face do atual art. 213 do CP é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação dos crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre elas há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade.”¹⁴³

Ocorre que, não se mostra plausível que tal situação prevaleça. Considerando a hipótese de haver concurso material de dois ou mais crimes em uma ação de estupro, contra a mesma vítima e na mesma situação, fica demonstrado o patente desrespeito aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, já que diante desse

¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.47.

¹⁴² NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

¹⁴³ FILHO, Vicente Greco apud NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

cenário é possível multiplicar o número de crimes tantas vezes quanto forem os atos libidinosos restarem identificados em um mesmo estupro.¹⁴⁴

Como dito anteriormente, a dignidade é um conceito amplo e que abrange o conceito da dignidade sexual, sendo assim, a dignidade da pessoa humana encontra-se acima da dignidade sexual. Não é aceitável que se busque conferir maior proteção à dignidade sexual acima de qualquer outro bem jurídico, sob pena de mitigar a tutela e a autenticidade da pessoa humana, pois o indivíduo que incorre no delito de estupro também possui a necessidade de ter seus direitos respeitados.¹⁴⁵

De igual maneira não é aceitável a afirmativa de que a definição de tais crimes como tipo penal misto alternativo debilitaria a tutela da liberdade sexual, justificando que sua violação acarreta danos permanentes à vítima e configura crime hediondo. Obviamente é indiscutível o dano psicológico que acomete as vítimas de um estupro, contudo isso não põe em xeque tal discussão, “pois o grau de proteção que a norma confere ao bem jurídico e o tipo de transtorno psicológico que a infração causa ao ofendido não são critérios válidos para classificação do tipo penal como misto cumulativo ou alternativo.”¹⁴⁶

A respeito do tema, segue julgado colacionado do Superior Tribunal de Justiça, posicionando-se a favor da tese de crime único entre as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, previstas juntamente no art. 213 do Código Penal:

“[...]”
 - A Lei nº 12.015/2009, ao unificar as figuras típicas de estupro e atentado violento ao pudor, reconhece a ocorrência de um crime único, não se podendo falar em concurso material, quando cometido estupro e ato diverso da conjunção carnal em um mesmo contexto fático contra a mesma vítima.
 [...]”¹⁴⁷

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 833.

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 832.

¹⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 282246*. Sexta Turma. Relatora Min. Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE). Brasília, 04 de setembro de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 03 out. 2014.

O posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores em caracterizar a conjunção carnal e o ato libidinoso como crime único segue uma tendência mundial, onde essa medida já era exercida. Como exemplo, temos países como Portugal, Espanha e Venezuela. Ademais, o que poderia justificar a objeção em relação à criação de um tipo penal misto alternativo pelo legislador seria o sentimento de repulsa natural presente nos indivíduos em relação ao estupro e os demais crimes sexuais.¹⁴⁸

Em síntese, caso o agente pratique com a vítima, na mesma situação fática e sob as mesmas condições, sexo oral, conjunção carnal e coito anal, restará configurado somente um crime, cabendo ao magistrado a análise do caso concreto para as hipóteses em que haja a necessidade de elevação da reprimenda e, conseqüentemente, a majoração da pena.¹⁴⁹

2.3 Estupro de vulnerável

A publicação da Lei 12.015/2009 instituiu o estupro de vulnerável como novo tipo penal e alterou o título do Capítulo II do Código Penal, que vigorava anteriormente com a terminologia “Da sedução e corrupção de menores” e após passou a ser denominado “Dos crimes sexuais contra vulnerável”.

Em relação a esta parte do Código, a reforma penal teve o condão de extinguir o instituto da presunção de violência, anteriormente disposto no art. 224, o qual mencionava: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze anos); b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Com a alteração feita, criou-se um tipo penal autônomo que visa tutelar os indivíduos cuja liberdade de consentir para a prática de atos sexuais não se manifesta de maneira válida.¹⁵⁰

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

Nesse cenário, substituiu-se a expressão *presunção de violência* pela palavra *vulnerável*, perdurando o rol taxativo anteriormente criado daqueles que, para a lei, não podem consentir com a prática da conjunção carnal ou ainda de atos libidinosos diferentes desta. Cumpre frisar que tanto antes, quanto depois da reforma penal de 2009, o legislador manteve-se preocupado em conferir especial proteção ao menor. Essa proteção decorre de preceito constitucional disposto no art. 227, § 4º da Constituição Federal que prevê: “a lei punirá severamente o abuso, violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”¹⁵¹

O estupro de vulnerável é, então, um novo tipo penal, cuja conduta prevê: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”

Cumpre ressaltar que nesta hipótese de delito não há o que se falar em tutela da liberdade sexual do ofendido, pois entende-se que não há plena capacidade de dispor dessa liberdade, sendo esse o motivo que enseja a característica de vulnerabilidade. Na verdade, o bem jurídico tutelado em um primeiro momento é a dignidade sexual do menor de quatorze anos, do enfermo e do deficiente mental, consubstanciada na patente necessidade de se proteger o seu pleno desenvolvimento mental e comportamental, para que quando vier a ser adulto possa ponderar livremente sobre sua sexualidade.¹⁵²

Nesse sentido, é a lição de Muñoz Conde:

“mais que a liberdade do menor ou incapaz, que obviamente não existe nesses casos, pretende-se, na hipótese do menor, proteger sua liberdade futura, ou melhor dito, a normal evolução e desenvolvimento de sua personalidade, para que quando seja adulto decida livremente seu comportamento sexual.”¹⁵³

Sintetizando, o que a lei visa proteger é a normalidade do desenvolvimento da vida sexual do menor, que por sua imaturidade não é capaz de prever as

¹⁵¹ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 15.

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 99. v.4.

¹⁵³ CONDE, Muñoz apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 99. v.4.

consequências de seus atos sexuais.¹⁵⁴ A criação de um tipo penal autônomo do estupro previsto no art. 213, majorando a pena da conduta prevista, tem por finalidade punir com mais severidade os crimes contra os menores de quatorze anos e as vítimas que por algum outro motivo não podem oferecer resistência.¹⁵⁵

O termo *vulnerável*, que deriva da expressão latina *vulnerabilis*, significa lesão, corte ou ferida exposta. No mesmo sentido, HOUAISS aduz como sendo vulnerável aquele que pode ser fisicamente ferido, atacado ou ofendido, evidenciando alguém frágil ou incapaz, baseado em alguma razão específica.¹⁵⁶

O legislador preferiu utilizar o termo *vulnerabilidade* para os casos em que o consentimento da vítima não é levado em conta, contrapondo-se a doutrina estrangeira que utiliza a terminologia *abuso sexual*. Contudo, a legislação pátria organizou isso de maneira equivocada, já que apresenta diferentes significados de vulnerabilidade para tipos penais distintos, sendo necessário ao aplicador da lei distinguir cada situação.¹⁵⁷

Dessa forma, o legislador ora apresenta o vulnerável como sendo o menor de quatorze anos, como é o caso dos crimes de estupro de vulnerável e corrupção de menores, ora como sendo o menor de dezoito, como ocorre na exploração sexual e no rufianismo.

Assim, é possível inferir, segundo Bittencourt, que a lei penal trabalha com duas hipóteses de vulnerabilidade: uma relativa (menor de dezoito anos) e outra absoluta (menor de quatorze anos). Contudo, apenas a vulnerabilidade do menor de quatorze anos poderá ser presumida, devendo as demais ser comprovadas.¹⁵⁸

¹⁵⁴ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 08.

¹⁵⁵ GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. O novo estatuto legal dos crimes sexuais: do estupro do homem ao fim das virgens. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v.9, n. 58, p. 7-16, out-nov 2009.

¹⁵⁶ JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. *O conceito de vulnerabilidade no direito penal*. Disponível em: < <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2146510/o-conceito-de-vulnerabilidade-no-direito-penal-eudes-quintino-de-oliveira-junior>> Acesso em: 29 set 2014.

¹⁵⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95.

Embora a atual legislação tenha estabelecido um rol taxativo de sujeitos passivos do estupro de vulnerável, necessário se faz obter um conceito adequado sobre a condição de vulnerabilidade, para que haja a correta aplicação da norma penal. Caso não haja essa busca pela adequação do conceito em questão, haveria uma presunção absoluta da incidência do tipo penal. Nessa hipótese, diante de um caso de suposto estupro de vulnerável, bastaria que a vítima acostasse aos autos seu registro de nascimento, comprovando ser menor de quatorze anos para se configurar a sua vulnerabilidade, o que não é uma solução correta.¹⁵⁹

A discussão anterior à lei versava justamente no tocante a presunção de violência, se absoluta ou relativa, do então revogado art. 224. Com o novo diploma legal, pensou-se estar sanada a discussão em torno dessa presunção, já que com a criação do novo delito, o legislador estabeleceu a idade de quatorze anos para auferir a vulnerabilidade do indivíduo e não fez qualquer menção à presunção de violência.¹⁶⁰

Contudo, é de se observar que não foi isso que ocorreu. Ainda que o art. 224 tenha sido revogado, o legislador utilizou-se de uma presunção de violência implícita, ou seja, foram empregadas as mesmas razões usadas para definir a presunção de violência no Código de 1940. Praticar ato sexual ou libidinoso com menor de quatorze anos será sempre crime, dado o caráter absoluto da vulnerabilidade do menor.¹⁶¹

Assim, a norma adquiriu apenas uma roupagem nova, sendo implícita a violência contra a suposta vítima o que, na prática, ainda mantém aceso os debates. A presunção não foi abolida, já que assentado em probabilidades o legislador supõe algo. Tanto a violência, quanto a incapacidade de oferecer resistência, são presumidas.

Nesse sentido, leciona Guilherme Nucci:

¹⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 847.

¹⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101.

“A alteração da forma típica de descrição do estupro de pessoa incapaz de consentir na relação sexual foi positiva, mas não houve descriminalização da conduta. Ao contrário, gerou elevação da pena. Portanto, tendo ocorrido simples inovação de redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade, nem tampouco os debates havidos, há anos, nas cortes brasileiras, ao menos em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos.”¹⁶²

Com efeito, o legislador utilizou ainda as elementares do já revogado crime de sedução, quais sejam “ter conjunção carnal”, substituindo a violência e grave ameaça reais, previstas no art. 213, pela condição de vulnerabilidade da vítima. Nessa hipótese, não se leva em conta o dissenso ou não da vítima, ou seja, independente da ocorrência de violência ou grave ameaça, a lei proíbe qualquer ato sexual com indivíduos que se encontrem nessas circunstâncias, não se comportando para tanto a admissão de provas para se apurar os verdadeiros fatos em busca da verdade real. Nas palavras de Plínio Gentil “o enunciado lacônico do art. 217-A traz implícita a irrelevância do consentimento do ofendido quanto à prática da libidinagem: crime haverá mesmo com tal consentimento”.¹⁶³

Cumprido frisar que não há argumentos plausíveis para a escolha dessa faixa etária. O legislador apenas estabeleceu um parâmetro de idade para conceituar o menor que possui vício em sua vontade, e de nenhuma maneira deixou espaço para que o aplicador do direito pondere, em cada caso, o grau de maturidade do menor supostamente ofendido.¹⁶⁴

Tal parâmetro é apenas um critério cronológico, sem qualquer racionalidade, pois a lei baseia-se em uma visão jurídica, que em determinados casos em nada se assemelha a realidade dos fatos. Diante das notórias mudanças vivenciadas pela sociedade, como por exemplo, nos meios de comunicação e na acessibilidade cada

¹⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 847.

¹⁶³ GENTIL, Plínio Antônio Britto, JORGE, Ana Paula. O novo estatuto legal dos crimes sexuais: do estupro do homem ao fim das virgens. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v.9, n. 58, p. 7-16, out-nov 2009.

¹⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

vez maior de informações, a legislação mostrou-se arcaica e inapta a se moldar frente às mutações relativas ao comportamento da coletividade.¹⁶⁵

A ideia central é que a tutela estatal seja para crimes sexuais cometidos contra menores de quatorze anos, fundamentado no fato de que estes não possuem capacidade de autodeterminação sexual. Diante disso, surge a necessidade e a importância de se analisar o contexto social onde estão inseridos os crimes desse gênero, procedendo à uma valoração fática e ainda observando as transformações sócio-culturais passadas ao longo dos anos, vez que é possível notar o rápido desenvolvimento intelectual de crianças e adolescentes na atualidade.

Hoje, é possível notar o amadurecimento precoce de algumas crianças e adolescentes, sendo estas plenamente capazes de reagir e se autodeterminar sexualmente. Por essa razão, nem todo menor de quatorze anos deverá ser considerado vulnerável, mas somente aqueles que não são dotados de completo discernimento quanto à prática de relações sexuais, ou que por outro motivo não puderem oferecer resistência, devendo a vulnerabilidade prevista no art. 217 ser relativizada.¹⁶⁶

Cumprе ressaltar que no âmbito do Direito, a mera leitura positivada do texto constitucional não nos permite apreciar os critérios nela expressos, como por exemplo os princípios, valores e objetivos, restando prejudicadas as corretas interpretações, inclusive na esfera penal. Nesse prisma, é necessário que haja uma leitura que leve em conta o Estado Democrático de Direito, para que assim não se proceda a uma interpretação equivocada acerca da pretensão punitiva do Estado nos crimes sexuais a partir da Constituição.¹⁶⁷

Facilmente nos deparamos na atual sociedade com adolescentes de doze à quatorze anos ingressando cada vez mais cedo em atividades sexuais, assumindo uma qualidade de adultos e portando-se como se o fossem. Não bastando esses

¹⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

¹⁶⁶ PANDINI, Mariana Brunetto. *A relativização no julgamento dos crimes de estupro de vulneráveis menores de 14 anos*. Disponível em: < <http://www.pesquisadireito.com/artigos/penal/a-relativizacao-no-julgamento-dos-crimes-de-estupro-de-vulneraveis-menores-de-14-anos>> Acesso em: 02 out 2014.

¹⁶⁷ BECHARA, Ana Elise Liberatore S. Presunção de violência no estupro de vulnerável: Comentário à decisão da 3ª Seção Criminal do STJ no REsp 1.021.634. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 400-406.

elementos, hoje existe a inserção da sociedade em situações que a sexualidade está intimamente envolvida.

Conforme exemplifica de Luiz Flávio Gomes:

“Tanto na redação anterior como na atual, o crime de estupro contra menor de 14 anos não pode ser focado de maneira absoluta. Há incontáveis situações em que não se justifica o teor literal da lei. Imagine um rapaz de 18 anos que namora uma menina de 13, há tempos, na casa dos pais dela, fazendo parte da ambiência familiar (tudo com o consentimento dela e dos pais). Estamos falando de um namoro consensuado e público. Havendo relação sexual não violenta entre eles jamais será o caso de se afirmar a tipicidade material desse fato. Há tipicidade formal. Mas não se trata de resultado intolerável, nessa situação. Fica afastada a tipicidade material. Nem tudo o que é formalmente, é materialmente típico.”¹⁶⁸

Com a edição da referida norma, o legislador mostrou-se distante da realidade do corpo social ao desprezar o estado precoce de crianças e adolescentes, estabelecendo um critério cronológico para deliberar sobre a autodeterminação sexual.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu art. 2º, que são adolescentes os indivíduos que se encontram na faixa etária de 12 à 18 anos. Mesmo antes da Lei 12.015/2009, ainda sob o cenário da presunção de violência do art. 224, o Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido pelo Ministro Celso Limongi, entendeu pela necessidade de se adequar a legislação penal àquilo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para uma decisão justa, deve levar-se em conta todo o universo normativo existente no país, pois a partir disso é possível ao magistrado a melhor compreensão e esclarecimento da norma.

Nesse sentido, faz-se necessário para a elucidação do fato concreto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja analisado afim de que se possa ser reconhecida a relativização da vulnerabilidade do adolescente, pois, segundo o

¹⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Estupro. Menor de 14 anos. Proibição absoluta de relacionamento sexual, segundo o STF*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924635/estupro-menor-de-14-anos-proibicao-absoluta-de-relacionamento-sexual-segundo-o-stf>> Acesso em 02 out 2014.

referido Estatuto, o indivíduo com idade entre 12 e 18 anos já é passível de inclusive de sofrer medidas socioeducativas. .¹⁶⁹

A admissão de que o adolescente a partir de 12 anos já está sujeito ao cumprimento de medida socioeducativa é a evidência de que o legislador atribuiu-lhe alguma capacidade de compreender e discernir sobre seus atos.

Não é admissível que na legislação brasileira haja uma incongruência tão perceptível em permitir que se puna um adolescente de 12 anos por ato infracional, onde se admite que o mesmo possui capacidade de vontade, e julgá-lo incapaz quando da prática do ato sexual.¹⁷⁰

“O direito não é matemática. A programação abstrata da norma não se confunde com a sua incidência concreta. Cada caso é um caso em Direito Penal. Considere-se, ademais, que qualquer pessoa, a partir dos 12 anos, é um adolescente. Na faixa etária dos 12 aos 14 anos tudo é relativo. Tudo depende do caso concreto, de acordo com nossa opinião.”¹⁷¹

Com tal postura, pode-se concluir que o legislador, a despeito de extinguir a moralidade social como um bem jurídico passível de tutela estatal, continua mantendo-se sob uma conduta moralista no que diz respeito à sexualidade de adolescentes.¹⁷²

De fato, nos crimes sexuais deve se analisar o contexto em que a ação está inserida. É imprescindível que o legislador faça uma análise sucinta do caso concreto, precedendo à individualização da interpretação dada a cada situação. Dessa análise é possível perceber a existência de muitos casos em que o comportamento da suposta vítima poderia desqualificar a ilicitude da ação do acusado.

¹⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 846.

¹⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

¹⁷¹ GOMES, Luiz Flávio. *Estupro. Menor de 14 anos. Proibição absoluta de relacionamento sexual, segundo o STF*. Disponível em: < <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924635/estupro-menor-de-14-anos-proibicao-absoluta-de-relacionamento-sexual-segundo-o-stf> > Acesso em 02 out 2014.

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

O magistrado deve estar atento às situações em que o caso concreto não se encaixa na tipificação penal, sendo necessário que o Direito se amolde às mudanças sociais.

O critério cronológico de idade não deve ser um critério absoluto na condenação do acusado. Para melhor elucidação do caso, deve o magistrado levar em consideração a maturidade sexual e o grau de desenvolvimento da suposta vítima para dizer se esta é ou não vulnerável, de maneira a promover uma decisão que melhor se amolde ao caso concreto.¹⁷³

Dessa forma, é possível concluir sobre a necessidade de se adequar o fato social à norma penal sem, contudo, deixar de considerar o consentimento da vítima. Não é coerente que se admita, para solução do caso, a culpa exclusiva do acusado, quando na dinâmica dos fatos a conduta da vítima contribuiu para que o suposto ilícito ocorresse.

Sendo assim, o conceito de vulnerabilidade deve ser relativizado, vez que o critério etário do qual se utilizou o legislador não é absoluto, não bastando que para a qualificação do crime seja necessário, apenas a comprovação da idade da suposta vítima. A vulnerabilidade possui um conceito lato, e a solução que melhor se aplica para a resolução do fato concreto seria a aferição do grau de maturidade sexual da suposta vítima, bem como sua capacidade de autodeterminação sexual, ajustando assim, a decisão mais justa para a elucidação do caso concreto.¹⁷⁴

¹⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

CONCLUSÃO

A Lei 12.015/2009 alterou o Título referente aos crimes sexuais. A aplicação desta lei ocasionou profundas mudanças no cenário penal do Brasil, as quais foram objeto de estudo deste trabalho.

Inicialmente foi possível concluir que no regime anterior à vigência da Lei em comento, a tutela estatal estava fundada na proteção dos costumes, onde o bem jurídico protegido pelo legislador era a moral pública social. A liberdade sexual do indivíduo estava consubstanciada nos padrões morais e éticos ditados pela sociedade da época.

No cenário normativo anterior, vários eram os questionamentos que giravam em torno dos crimes sexuais. Entre eles, o que mais gerava debates era a presunção de violência dos crimes sexuais contra menores de 14 anos, onde se discutia se sua natureza era relativa ou absoluta. Dessa forma, concluiu-se que não havia um consenso entre a doutrina, tampouco a jurisprudência no que dizia respeito aos crimes sexuais.

No segundo capítulo, concluiu se que em virtude da Lei 12.015/2009, o bem jurídico tutelado pelo legislador foi modificado, onde a proteção da moralidade social deu lugar a proteção da dignidade da pessoa humana. O legislador não estava mais preocupado em proteger a forma como as pessoas se comportavam sexualmente perante os demais. Com isso, buscou-se exaltar a dignidade sexual do indivíduo, fundada na dignidade da pessoa humana, princípio este base do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, é possível concluir que a liberdade sexual do indivíduo é a possibilidade que este tem em exercitar livremente os atos de sua vida sexual, onde, por meio da tutela estatal, é possível garantir o pleno desenvolvimento de sua personalidade no que pertine à sexualidade. O que se busca com a proteção da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente sua dignidade sexual, é amparar o bem jurídico em comento, sem levar em conta aquilo que é ou não moralmente aceito pela sociedade.

Com efeito, cumpre ressaltar sobre a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo tipo penal. Conforme citado ao longo do trabalho, existem divergências quanto a aplicação da hipótese de crime único, caso o agente venha perpetrar contra a vítima conjunção carnal e atos libidinosos diferentes desta, vez que alguns doutrinadores entendem que, mesmo unificadas, as condutas são diversas, gerando assim dois crimes e conseqüentemente o concurso material entre eles.

Diante das análises realizadas é possível concluir que a prática de conjunção carnal e atos libidinosos em um mesmo contexto fático configuram crime único, vez que se trata de um tipo penal misto alternativo. Os Tribunais Superiores, seguindo uma tendência mundial, posicionam-se no mesmo sentido.

Por fim, a respeito do título referente à validação do consentimento da vítima menor, o qual é o principal objeto do presente trabalho, foi possível concluir que a instituição da Lei 12.015/2009 culminou na criação de um tipo penal autônomo denominado 'estupro de vulnerável. A reforma penal de 2009 teve o condão de extinguir o instituto da violência presumida, revogando assim o art. 224 do Código Penal, na tentativa de encerrar os debates acerca da natureza – se absoluta ou relativa – da referida presunção.

Contudo, é de se notar que ainda existem discussões em torno do estupro de vulneráveis, vez que, embora tenha sido revogado expressamente o art. 224, a prática de relações sexuais com menores de quatorze anos sempre culminará em um crime, conforme inteligência do art. 217-A do Código Penal, haja vista o caráter absoluto da vulnerabilidade do menor.

Diante das circunstâncias, tem-se que o legislador adotou um parâmetro puramente cronológico para auferir a vulnerabilidade do menor e que na maioria das vezes não se coaduna com a realidade dos fatos. Portanto, não assiste razão tratar como absoluta a vulnerabilidade do menor.

O Código Penal Brasileiro, na qualidade do seu legislador, perdeu uma grande oportunidade de equiparar o conceito de criança e adolescente com o ECA, pois, segundo este Estatuto, consideram-se adolescentes os indivíduos entre 12 e 18 anos.

Não se mostra admissível em uma legislação, que atribua-se ao menor de quatorze anos a possibilidade de punição por ato infracional, sendo assim sua vontade validada, e considere o mesmo como incapaz quando este praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

A admissão de que o adolescente a partir de 12 anos já está sujeito ao cumprimento de medida socioeducativa é a evidência de que o legislador atribuiu-lhe alguma capacidade para decidir sobre seus atos.

O critério cronológico de idade não deve ser um critério absoluto na condenação do acusado. Para que haja uma correta aplicação da norma penal, de maneira que não restem mitigados os princípios da ampla defesa e do contraditório, deve o aplicador da norma ater-se as circunstâncias que ocasionaram a prática do suposto delito, não deixando de ponderar a maturidade sexual e o grau de desenvolvimento psicológico do menor, permitindo assim a produção de provas na tentativa de se aproximar ao máximo da verdade real dos fatos.

Dessa forma, é possível concluir sobre a necessidade de se adequar o fato social à norma penal sem, contudo, deixar de considerar o consentimento da vítima. Não é coerente que se admita, para solução do caso, a culpa exclusiva do acusado, quando na dinâmica dos fatos a conduta da vítima contribuiu para que o suposto ilícito ocorresse.

Sendo assim, o conceito de vulnerabilidade deve ser relativizado, vez que o critério etário do qual se utilizou o legislador não é absoluto, não bastando que para a qualificação do crime seja necessária apenas a comprovação da idade da suposta vítima. A vulnerabilidade possui um conceito lato, e a solução que melhor se aplica para a resolução do fato concreto seria a aferição do grau de maturidade sexual da suposta vítima, bem como sua capacidade de autodeterminação sexual, amoldando assim, a decisão mais justa para a elucidação do caso concreto.

REFERÊNCIAS

- BECHARA, Ana Elise Liberatore S. Presunção de violência no estupro de vulnerável: Comentário à decisão da 3ª Seção Criminal do STJ no EREsp 1.021.634. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 400-406.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 7. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 12.720 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v.4.
- BORGES, Júlia Melo Saldanha. *Relativização da violência sexual presumida e a tutela do menor*. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/12815/relativizacao-da-violencia-sexual-presumida-e-a-tutela-do-menor/1>> Acesso em: 02 jun. 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.
- BRASIL. *Lei nº 12.015/2009 de 7 de agosto de 2009*. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em 15 mar. 2014.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 15 mar. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 3.020*. Sexta Turma. Relator Min. José Cândido de Carvalho Filho. Brasília, 08 de fevereiro de 1994. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1105360*. Quinta Turma. Relator Min. Felix Fischer. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em:<www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 86.197*. Quinta Turma. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 24 de junho de 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 maio. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 86.808*. Quinta Turma. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 11 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 73662*. Segunda Turma. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 21 de maio de 1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 96.942*. Segunda Turma. Relator Min Ellen Gracie. Brasília, 02 de junho de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 81.268*. Primeira Turma. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de outubro de 2001. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 542324*. Sexta Turma. Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 09 de dezembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 282246*. Sexta Turma. Relatora Min. Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE). Brasília, 04 de setembro de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 03 out. 2014.

CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo. *Reforma Penal: comentários as alterações do Código Penal em 2009: Leis nº 11.923, 12.012, 12.015*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.3.

CONDE, Muñoz apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.42.v.4.

FARIAS, Osmar Lino. *Concurso de pessoas*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=911>. Acesso em: 25 maio 2014.

FILHO, Vicente Greco apud NUCCI, Guilherme de Souza *et al.* O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

FRAGOSO apud GOMES. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. O novo estatuto legal dos crimes sexuais: do estupro do homem ao fim das virgens. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v.9, n. 58, p. 7-16, out-nov 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Estupro. Menor de 14 anos: Proibição absoluta de relacionamento sexual, segundo o STF*. Disponível em:<<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924635/estupro-menor-de-14-anos-proibicao-absoluta-de-relacionamento-sexual-segundo-o-stf>>. Acesso em 02 out. 2014.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br/?p-1031>. Acesso em: 02 maio 2013.

HUNGRIA, Nelson apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. *O conceito de vulnerabilidade no direito penal*. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2146510/o-conceito-de-vulnerabilidade-no-direito-penal-eudes-quintino-de-oliveira-junior>> Acesso em: 29 set. 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte especial*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. v.2.

NASCIMENTO, Santiago Fernandes do. Análise crítica na presunção de violência nos crimes sexuais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 880, p. 394-452, fev. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 847.

PANDINI, Mariana Brunetto. *A relativização no julgamento dos crimes de estupro de vulneráveis menores de 14 anos*. Disponível em: <<http://www.pesquisedireito.com/artigos/penal/a-relativizacao-no-julgamento-dos-crimes-de-estupro-de-vulneraveis-menores-de-14-anos>> Acesso em: 02 out. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.