



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB**

**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais**

**ARÍCYA DE CASTRO RIBEIRO**

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA  
PROPORCIONALIDADE AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Brasília  
2015

**ARÍCYA DE CASTRO RIBEIRO**

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA  
PROPORCIONALIDADE AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Projeto de Monografia do Programa de  
Graduação em Direito da Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: George Lopes Leite

Brasília  
2015

**ARÍCYA DE CASTRO RIBEIRO**

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA  
PROPORCIONALIDADE AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Projeto de Monografia do Programa de  
Graduação em Direito da Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. George Lopes Leite.

BRASÍLIA, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. George Lopes Leite  
Orientador

---

Prof. Examinador

---

Prof. Examinador

Dedico, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida e aos meus pais, por sempre valorizarem a educação e com muito esforço e sacrifício me darem condições de concluir esta caminhada.

## RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo analisar o crime de estupro ao longo da história, até chegar ao Código Penal vigente, atualizado pela promulgação da Lei 12.015/09. Lei esta, promulgada com o objetivo de combater a exploração sexual de crianças e adolescentes, bem como, dispensar uma maior proteção à família e às mulheres. Neste contexto, foi criada a figura do vulnerável, que para fins de estupro são assim classificados, os menores de 14 (catorze) anos ou aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato e, aqueles que, por qualquer outra causa não puderem oferecer resistência. Esta nova lei estabeleceu ainda, uma presunção absoluta de violência em relação ao vulnerável, além de uma pena que varia de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão para tal delito. Desta forma, surgiu no ordenamento jurídico, a discussão acerca da razoabilidade em se desclassificar o crime de estupro de vulnerável para as contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor perturbação da tranquilidade e a infração previsto no artigo 232, do Estatuto da Criança e do Adolescente, desclassificação esta, permitida pela aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da insignificância, a fim de se alcançar uma pena mais adequada e proporcional à lesão efetivamente provocada pelo agente. Assim, serão analisados os argumentos utilizados por cada uma das corrente, reforçados por julgados em ambos os sentidos.

**Palavras-chave:** estupro; estupro de vulnerável; Lei 12.015/09; desclassificação; contravenção penal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 ESTUPRO: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA ATÉ O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL .....</b>	<b>9</b>
1.1 Legislação penal pátria: começo .....	10
1.2 Período colonial .....	10
1.3 O Código Criminal do Império .....	11
1.4 Código Criminal da República .....	12
1.5 Código Penal de 1940 .....	15
1.5 Lei 12.015/09 .....	23
1.6 Do estupro no Código atual .....	26
<b>2 A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA PROPORCIONALIDADE AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....</b>	<b>32</b>
2.1 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade .....	36
2.2 Corrente favorável à aplicabilidade.....	42
2.3 Corrente desfavorável a aplicabilidade.....	47
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>58</b>

## INTRODUÇÃO

A violência, seja física ou psicológica, se faz presente e determinante em todas as fases do desenvolvimento do homem ao longo da história e do seu relacionamento em sociedade. É parte do cotidiano e se apresenta de forma muito versátil e complexa, pois atinge todas as classes econômicas, nos mais diversos ambiente e níveis.

Contudo, uma dessa formas, como se depreende dos registros históricos, sempre recebeu atenção especial dos juristas: a violência sexual. Não apenas por ser moralmente condenável e por toda a repulsa que tal conduta provoca na sociedade, mas pela gravidade da violência, demonstrada não só pelos menos importantes vestígios físicos, mas principalmente, pelo abalo psicológico que deixam marcas na alma da vítima pelo resto da vida.

E como tratar quando esse abuso ocorre com uma vítima ainda criança, o entitulado estupro de vulnerável? A análise jurídica da situação se torna ainda mais delicada, tendo em vista que são, considerados vulneráveis os menores de 14 (catorze) anos ou os que se encontram em situação de vulnerabilidade, aqueles que por alguma enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou que não podem oferecer resistência.

Agravado, principalmente, pelo fato de ocorrerem geralmente, em ambientes domésticos, onde o agressor a vítima se conhecem, tendo até relações de parentesco. Desse modo, o delito acontece de forma velada, em ambiente íntimo fazendo com que perdure, muitas vezes, por anos em razão dos agentes confiarem na impunidade.

O trabalho se propôs a analisar a possibilidade de se aplicar o Princípio da Insignificância e a Proporcionalidade ao crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo do 217-A do Código Penal.

No primeiro capítulo, foi analisado o crime de estupro ao longo da história até o Código Penal atual, com as inovações implementadas pela Lei 12.015/09, que,

especial, a de vulnerável. Esta Lei resultou de uma CPMI criada, motivada por um movimento de proteção à pessoa humana e ao combate a exploração sexual de crianças e de adolescentes, que estava como meta nacional e global.

O advento desta lei trouxe profundas alterações ao Código Penal Brasileiro. Dentre elas, a revogação do art. 224, que tratava de presunção de violência, substituindo-o pela figura do art. 217-A, que não traz mais a elementar violência ou grave ameaça. O legislador, dessa forma, além de criar novo tipo penal, pretendeu recrudescer claramente a proteção ao denominado vulnerável.

Nota-se que no novo tipo penal, o consentimento do sujeito passivo não é válido, bem como não é mais necessária a ocorrência de conjunção carnal para a configuração do crime de estupro. Ademais, a pena mínima aplicada é de oito anos de reclusão, podendo chegar a trinta anos, se resultar morte.

Dessa forma, surgiu no ordenamento jurídico, a discussão acerca da aplicabilidade do Princípio da Insignificância e da Proporcionalidade ao crime de estupro de vulnerável. Questão esta fundamentada no fato de a punição por esses crimes, às vezes, resultar de forma desproporcional, como por exemplo, a ocorrência do beijo lascivo ou do toque nas nádegas. Seria razoável punir o agente com um pena que varia de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão por essa atitude?

Assim, no capítulo 2 (dois) analisou-se os conceitos do princípio da insignificância e da proporcionalidade, além dos argumentos utilizados por cada corrente. Tendo a corrente favorável, como principal argumento, a desproporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção imposta ao agente. A corrente contrária, por sua vez, defende que a intenção do legislador, ao reformar o Código, foi estabelecer uma presunção absoluta de violência em relação ao vulnerável, visto que o tipo independe da ocorrência de violência ou grave ameaça para ser configurado.

Ainda no capítulo 2 (dois), fez-se uma análise da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território de julgados em que houve a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para outro delito como a

contravenção de perturbação da tranquilidade (artigo 65, da LCP), ou da importunação ofensiva ao pudor (artigo 61, LCP) ou de outros que, pela mínima ofensividade da conduta, recorrendo-se a um dos princípios tratados neste estudo, bem como aos casos em que a pena de estupro de vulnerável foi mantida.

Por fim, no último capítulo, após as considerações finais sobre as duas correntes, chegou-se a uma conclusão sobre ser razoável recorrer-se aos princípios, para uma melhor análise do caso concreto, além de um estudo de uma eventual atualização no Código que estabeleça uma sanção que represente um meio termo entre esse abismo estabelecido entre enquadrar a conduta perpetrada em um delito grave ou uma simples contravenção penal.

## 1 ESTUPRO: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA ATÉ O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A violência na forma sexual passou de uma situação em que a vítima se mantinha silente para uma realidade ruidosa. O crime de estupro está cada vez mais presente nos noticiários, nas investigações policiais e até mesmo nos debates de rua. A antiga repulsa que era destinada aos cruéis assassinos, pelo senso comum, foi transferida para a figura do estuprador, principalmente para as situações em que as vítimas são crianças.<sup>1</sup>

Como consequência desta nova percepção social, houve um aumento nos registros de ocorrências policiais, nos pedidos de medidas preventivas, nas reformas legislativas para o agravamento das sanções e até mesmo um estímulo às pesquisas históricas sobre o tema. Pesquisas estas, que narram que os povos antigos já dispensavam bastante atenção à punição dos crimes sexuais.<sup>2</sup>

Assim, segundo consta, no remoto direito romano, havia uma dupla classificação. Era denominado stuprum, em um sentido amplo, a conjunção carnal, que correspondia à introdução do órgão sexual masculino no feminino, realizada forçosamente contra uma mulher não casada e adulterius, a relação carnal ilícita praticada com mulher casada. Observa-se uma punição rigorosa pois, para ambos os casos a pena prevista era a de morte.<sup>3</sup>

Seguindo na análise dos registros históricos, nos direitos antigos, grego ou romano não havia uma diferenciação de tipificação entre o sexo vaginal forçado e as demais modalidades de atos sexuais. Assim como, no Direito Penal Medieval e nas Ordenações Filipinas (1603-1916), ocorria sempre uma unificação entre os dois dispositivos e, independente de terem sido realizados com ou sem violência, a pena

---

<sup>1</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX.** tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p. 7

<sup>2</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX.** tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p. 7

<sup>3</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42

aplicada continuava sendo a de execução.<sup>4</sup>

Foi apenas com a promulgação de uma legislação genuinamente pátria, que os crimes sexuais passaram a ser punidos de uma forma menos severa, ocasião em que foram instituídas as penas de prisão e, até mesmo, o pagamento de dote para a vítima, como modalidade de sanção.<sup>5</sup>

### **1.1 Legislação penal pátria: começo**

Em um exame das manifestações primitivas de direito pelas sociedades que habitavam o local onde hoje é demarcado território brasileiro, até o ano de 1500 (mil e quinhentos), nenhum registro teve papel significativo na formação do atual direito penal vigente.<sup>6</sup>

### **1.2 Período colonial**

Tratando-se de período colonial, as legislações que vigoraram foram as Ordenações Afonsinas (1500-1514), seguidas das Ordenações Manuelinas (1514-1603) e, logo, das Ordenações Filipinas (1603-1916). O sistema penal, àquele tempo, trazia grande reflexo do direito medieval, que era amplamente fundamentados em preceitos católicos. Havia uma fungibilidade entre o conceito de crime e pecado, delitos eram considerados uma afronta a moral, por exemplo, eram punidos de forma severa feiticeiros e hereges.<sup>7</sup>

Por esta influência religiosa, iniciou-se uma diferenciação na denominação entre atos libidinosos e conjunção carnal. Os primeiros, eram denominados contra natureza e nos que ocorriam o coito vaginal, naturais.<sup>8</sup> Não havia ainda, uma delimitação ainda para o que viria a ser o atentado ao pudor, mas já eram punidos

---

<sup>4</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42 - 43

<sup>5</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42

<sup>6</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 23

<sup>7</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 24

<sup>8</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 26

os toques desonestos, independentes de terem sido praticados ou não com violência.<sup>9</sup>

No entanto, seguindo os modelos históricos, para todas as condutas a penalidade prevista era a de morte, seja queimado ou por açoitamento. Também eram previstas sanções de apreensão de bens e pecuniárias e delas não eram perdoados nem mesmo quem viesse a oficializar a união com a vítima.

### 1.3 O Código Criminal do Império

Seguindo na história do direito penal nacional, em 16 de dezembro de 1830, D. Pedro I deu origem a codificação penal brasileira, chancelando o primeiro código a dispor sobre a matéria criminal.

Dentre as inovações advindas desta legislação estavam a ideia de penas personalizadas para cada caso e indivíduo, o estabelecimento de agravantes e atenuantes e julgamento especial para menores de 14 anos.<sup>10</sup> Manteve-se, entretanto, a ideia de ultraje a religião como um conduta delituosa, além da penal capital.

Neste Código Criminal do Império, o crime de estupro estava descrito no Título II, “Dos Crimes contra a Segurança Individual, no capítulo II, intitulado “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra”, acompanhado do rapto, da calúnia e da injúria.<sup>11</sup> Percebe-se que o legislador mistura crimes sexuais com crimes contra a honra, demonstrando que ainda não havia um fronteira bem delimitada entre a honra e a moral sexual na sociedade à época.

---

<sup>9</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43

<sup>10</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 26

<sup>11</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p.p. 6-7

O estudado crime de estupro, em si, que abarcava todas as relações carnis não permitidas estava previsto no artigo 222, com o seguinte texto: “Ter copula por meio de violencia, ou ameaças com qualquer mulher honesta. Penas de prisão por tres ou doze annos; e de dotar a offendida; se a violentada fôr prostituta: pena de prisão por um mez a dous annos”.<sup>12</sup>

Embora não fosse assim denominado àquela época, no artigo 223 estava delimitado o crime de atentado violento ao pudor. A diferença entre os crimes consistia no ato em si, onde em um havia cópula carnal e no outro não.<sup>13</sup>

Depreende-se destes artigos, a confirmação do quanto a noção de moral estava presente e influenciava na delimitação do tipo, inclusive constando a palavra “honesta” no caput do artigo, inclusive, com previsão de pena mais leve para o crime em que a vítima fosse uma prostituta, sendo que até então o único sujeito passivo possível, era a mulher.

#### 1.4 Código Criminal da República

Passando do período de Império para República, em 11 de outubro de 1890 foi instaurado o Código Criminal da República, e, assim como aconteceu na Constituição Federal de 1891, houve inovação no banimento da pena de morte e nas penas desumanas. As penas restritivas de liberdade passaram a ser temporárias, não podendo exceder os 30 (trinta) annos, assim como atualmente, contudo, as demais sanções previstas no Código do Império foram mantidas.<sup>14</sup>

Neste Código Republicano os crimes sexuais eram dispostos da seguinte forma: o Título VIII, denominado “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor”, era subdividido em cinco

---

<sup>12</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 29

<sup>13</sup> Redação artigo 223: “Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula. Penas: de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa”.

<sup>14</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 30

capítulos, sendo o I, “da violência carnal”, o capítulo seguinte, do rapto, o Capítulo III do lenocínio, o Capítulo IV do adultério ou infidelidade conjugal, o V e último, do ultraje público ao pudor.<sup>15</sup>

Localizado logo no primeiro capítulo, o delito de estupro vinha previsto no artigo 268 da seguinte forma “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Prisão celular por um a seis anos” e, logo no artigo seguinte vinha explicitado o que seria estupro “Chama-se estupro acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não.” Cabe ressaltar a prisão celular como única forma de punição.<sup>16</sup>

Logo mais, na continuação do mesmo dispositivo vinha a definição de violência: “Por violencia entende-se não só o emprego de força physica, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos”, ou seja, hipóteses que privem ou impeçam um consentimento consciente por parte da mulher sobre o ato sexual.<sup>17</sup>

Ante as referidas mudanças, a discussão restou acerca do que seria representado abuso, visto que, não tem um significado puramente sexual, tratando-se de termo abrangente. Extrai-se que quando usado em um sentido jurídico, divide-se em quatro formas, quais sejam: pedofilia, estupro, assédio sexual, e exploração sexual profissional, contudo, em sentido geral, consiste uma aproximação sexual que ocorre de modo não consentido pela vítima ou para fim ilícito, mediante violência ou sedução.<sup>18</sup>

Devido à sua dinâmica, a história do crime, nunca permitiu uma análise objetiva da violência, há uma mescla de sentimentos profundos sentidos pela vítima, causada por toda a vergonha diante de sua intimidade exposta. Além do

---

<sup>15</sup>TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 6

<sup>16</sup>FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 31

<sup>17</sup>Ibidem. p. 31-32

<sup>18</sup>FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 32

constrangimento de já ter sido violentada, historicamente, sempre coube uma apreciação por parte da sociedade acerca da honestidade da mulher.<sup>19</sup>

Depreende-se, inclusive do exame deste Código, que mesmo com algumas inovações, persistiu em tratar crimes sexuais como afrontas à honra, à honestidade da família e à moralidade social, em geral, bem como o enfoque era claro na proteção da sociedade, sobrepondo esta proteção, à liberdade de escolha individual. Sempre em segundo plano, o direito da mulher em dispor sobre o seu próprio corpo e de decidir livremente sobre os seus parceiros.<sup>20</sup>

Ainda neste sentindo, em um estudo mais profundo, culturalmente, sempre houve uma resistência em desculpar a vítima, uma constante dúvida sobre a autonomia da sua vontade e seu não-consentimento ao ato. A mulher era sempre vista de uma forma tão inferiorizada e submissa que pairava uma suspeita prévia de que ela cedeu voluntariamente às vontades do homem que a violentou.<sup>21</sup>

Uma clara demonstração deste pensamento, são os juízes que, ao longo da história, só aceitavam a queixa da vítima quando todo os indícios materiais corroborassem as suas declarações. Assim, os depoimentos da mulher para terem credibilidade tinham que vir acompanhados de ferimentos visíveis, marcas corporais e pertences danificados. Todo um contexto que sempre desencorajou a vítima a manter o trauma oculto.<sup>22</sup>

Seguindo na análise histórica dos crimes sexuais, no Código Criminal da República, o crime de atentado violento ao pudor vinha definido no art. 266, da seguinte forma: “Attentar contra o pudor de uma pessoa de um outro sexo, por meio

---

<sup>19</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX.** tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p. 8

<sup>20</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX.** tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p. 7

<sup>21</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX.** tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p. 8

<sup>22</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX.** tradução Lucy Magalhães. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. p.9

de violência ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: pena de prisão celular por um a tres annos”.<sup>23</sup>

Observa-se que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor vinham delimitados em artigos diferentes, no entanto, ambos com pena mínima de um ano, distinguindo-se apenas na pena máxima. Destaque para a pena de prisão celular, em substituição à de morte e para a intenção do agente de ter conjunção carnal para caracterização do estupro e atos, em geral, praticados com a intenção de satisfação da libido serem tipificados como atentado ao pudor.<sup>24</sup>

Finalmente, com o objetivo de unificar as diversas leis avulsas que foram editadas para alterar a redação original do Código Criminal da República, foi expedida a Consolidação das Leis Penais, Decreto nº 847, de 11/10/1990 e confirmou em seu Título VIII, todos os cinco Capítulos, dos crimes de violência carnal, do rapto, do lenocínio, do adultério ou infidelidade conjugal e do ultraje público ao pudor.<sup>25</sup>

### 1.5 Código Penal de 1940

Na elaboração do Código de 1940, houve uma mescla do que havia de melhor e mais moderno na Escola Clássica e na Positiva, dentre ideias doutrinárias e legislativas. Esta combinação, resultou em um avanço respeitável no tecnicismo jurídico na obra como um todo e, principalmente na maneira de delimitar os crimes sexuais.<sup>26</sup>

Dentre os avanços, cabe destaque para a abolição da pena de morte, de modo que as penas previstas neste novo Código passaram a ser tão somente as elencadas no artigo 28, quais sejam: “as penas principais são: I - reclusão; II -

---

<sup>23</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 33

<sup>24</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 34

<sup>25</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 7

<sup>26</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 33

detenção; III - multa”, que foram as vigentes até 1977 com a promulgação da Lei 6.416 que trouxe alterações relativas à pena de reclusão.<sup>27</sup>

Contudo, somente com a promulgação da Lei nº 7.209/84 chegou-se a redação final, que consta atualmente no nosso ordenamento, que consiste no rol previsto no artigo 32: “As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direito; III- de multa”.<sup>28</sup>

No tocante a parte especial, no Título VI o legislador inovou ao utilizar a nomenclatura “Dos crimes contra os costumes” ou “Crimes Sexuais”, o que “representou um avanço em relação às Legislações anteriores, eis que o bem jurídico teve seus contornos delimitados e diferenciados dos crimes contra a honra e a família. Exclui ainda de seu rol, o crime de adultério ou infidelidade conjugal e do ultraje público ao pudor.”<sup>29</sup>

Os referidos crimes contra os costumes foram distribuídos em seis capítulos, sendo o primeiro “I - Dos crimes contra a liberdade sexual” (estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude), o Capítulo II - “Da sedução e da corrupção de menores” (sedução e corrupção de menores), Capítulo III - “Do rapto” (rapto violento ou mediante fraude e rapto consensual), Capítulo IV - “Disposições gerais”, Capítulo V - “Do lenocínio e do tráfico de mulheres” (mediação para servir a lascívia de outrem, favorecimento da prostituição, casa de prostituição, rufianismo, tráfico de mulheres) e por último, o sétimo capítulo - “Do ultraje público ao pudor” (ato obsceno, escrito ou objeto obsceno).<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 33

<sup>28</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 35

<sup>29</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 7

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 22-23

Neste sentido, acerca do termo “costumes”, atenção à lição Magalhães Noronha (Direito Penal. v. 3, pg 96): “Costumes aqui deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido ao indivíduo nesse setor de sua vida de relação.”<sup>31</sup>

Ademais, complementa Néelson Hungria:

“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 interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação”

No entanto, apesar de avançar nas terminologias, o Decreto Lei insistia em preocupar-se mais com o dano causado à coletividade e a moralidade pública do que a liberdade do indivíduo em si, em dispor sobre seu próprio corpo. Tornou-se ainda mais clara a necessidade de atualização do enfoque ao bem jurídico tutelado, com o advento da Constituição Federal em 1988, que dispunha já em seu 1º artigo, no inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, “a dignidade da pessoa humana”.

Partindo pra uma análise “Dos crimes contra a liberdade sexual”, dentre os tipos previstos no capítulo, apenas dois eram praticados mediante violência ou grave ameaça: o delito de estupro, delimitado no artigo 213 e o atentado violento ao pudor no artigo 214: <sup>32</sup>

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:  
Pena - reclusão, de três a oito anos.  
Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: [\(Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990\)](#)

---

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 579

<sup>32</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 747

Pena - reclusão de quatro a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996)

Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão de dois a sete anos. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão de três a nove anos.(Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996)

Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)<sup>33</sup>

Assim, o núcleo do tipo de ambos os crimes é “constranger”, no entanto, permanece a diferença entre as infrações no objetivo do agente, que deve ser de conjunção carnal para configurar o delito de estupro.<sup>34</sup> Tecnicamente, corresponde à conjunção carnal, exclusivamente à introdução do órgão genital masculino no feminino, condição esta, que torna a infração de sujeito passivo próprio, só podendo ser vítima mulher.<sup>35</sup>

Já o atentado violento ao pudor, caracteriza-se pelo dolo do agente em praticar atos libidinosos diversos de cópula vagínica, apenas com o fim de satisfação do prazer sexual. À título de exemplo, sexo oral, anal, até mesmo apalpações nas nádegas ou nos seios, dentre outras, características tais, que permitem a vítima ser “alguém”, sujeito passivo livre.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 set 2014

<sup>34</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 35

<sup>35</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 11

<sup>36</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 35-36

Ademais, cabe esclarecer, o termo “atos de libidinagem” também é utilizado no atual Código, esta expressão aglomera tanto a conjunção carnal, como o ato libidinoso em sentido estrito. O dolo do agente não se restringe à satisfação do prazer sexual, mas primeiro e, predominantemente, de provocar sensações intempestivas de excitação, sexualidade em um sentido mais amplo. Aparece também, como elementar de alguns crimes, como o caso do rapto, a expressão “fim libidinoso, em que o dolo do agente não é a atividade sexual propriamente dita.”<sup>37</sup>

Importante ressaltar que nos referidos artigos, o legislador utiliza o vocábulo “violência” alternativamente a “grave ameaça”, não podendo então, serem confundidos. Ameaçar significa buscar intimidar a vítima através de um prenúncio de causar um mal injusto e grave seja futuro ou próximo, não sendo necessário que o dano ocorra para que o delito seja consumado, desde que abale a tranquilidade mental da vítima.<sup>38</sup>

Ademais, a ameaça além de ser modo de execução de crime, também constitui tipo penal autônomo, previsto no artigo 147, do Código Penal.<sup>39</sup>

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:  
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.  
Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Por outro lado, violência refere-se ao emprego de força física, seja utilizando-se do próprio corpo ou por meio de objetos sólidos, líquidos ou gasosos a fim de ofender a integridade física da vítima, e, até mesmo de força empregada contra

---

<sup>37</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 11-12

<sup>38</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 17

<sup>39</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 16

outra coisa ou terceiros desde que impeça a capacidade de reação corporal da vítima.<sup>40</sup>

Seguindo na análise dos crimes sexuais no Código de 1940, no Capítulo IV, eram abordadas as disposições gerais aplicáveis aos crimes sexuais, subdivididas dentre os artigos 223 ao 226, referentes às formas qualificadas, à violência presumida, à ação penal, e às causas especiais de aumento de pena, respectivamente.

Sempre que um delito sexual fosse cometido mediante emprego de violência tal, denominada “real”, que acarretasse lesão corporal grave ou morte, ele seria qualificado, conforme o artigo 223, de modo que, a pena prevista seria de reclusão, de 8 (oito) a 12 (anos) para o resultado lesão e de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos de prisão, na ocorrência de homicídio.<sup>41</sup>

Não obstante o Código ter qualificado as infrações penais de estupro e atentado violento ao pudor em razão da violência real, a Lei 8.072/90, em seu artigo 1º, incisos V e VI c/c 9º, ainda passou a classifica-las como crimes hediondos.<sup>42</sup> Deste modo, as penas que eram previstas de 3 (três) a 8 (oito) anos no delito de estupro na forma fundamental e de dois a sete anos no atentado violento ao pudor, foram reformadas ambas para de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão.<sup>43</sup>

Neste sentido, cabe lembrar, que são considerados hediondos os delitos bárbaros, repugnantes, que, por razão da sua extrema gravidade, são tratados de forma mais rigorosa que os demais, sendo considerados inafiançáveis e

---

<sup>40</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 13

<sup>41</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 21

<sup>42</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 24

<sup>43</sup> FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 38

insuscetíveis de graça, anistia ou indulto, conforme previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal.<sup>44</sup>

Assim, como consequência destas alterações surgiu a discussão entre doutrinadores e na jurisprudência sobre qual forma de estupro e atentado violento ao pudor seria considerada hedionda, somente nas hipóteses do artigo 223, do Código Penal ou também na sua forma simples.

Outra polêmica suscitada foi com a majoração de pena prevista no artigo 9º, da Lei 8.079/90, a saber:<sup>45</sup>

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

Assim, a polêmica consistia em razão da presunção de violência ser elemento suplementar do crime, quando não era real, havia a aplicação do artigo 224, do Código, que dispunha acerca da violência ficta. Tratava-se de presunção, via de regra, de caráter absoluto, não aceitando prova em contrário.<sup>46</sup>

O autor era punido com maior rigor se a vítima não fosse maior de 14 (catorze) anos, fosse alienada ou débil mental, e o agente conhecesse esta circunstância ou se ela não podia, por qualquer outra causa oferecer resistência. Nestes casos específicos, protegia-se a adolescente por entender que ela não tinha capacidade de discernimento, em razão da idade ou de desenvolvimento mental

---

<sup>44</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. **Legislação Penal Especial - Crimes Hediondos**, abuso de autoridade, tóxicos, contravenções, tortura, porte de arma e crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 46-49

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 607

<sup>46</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 28

incompleto ou retardado, para consentir validamente sobre a prática do ato sexual. Proteção aplicável ainda que este estado fosse temporário, em razão de embriaguez, drogas ou qualquer condição que impossibilite a mulher em oferecer resistência.<sup>47</sup>

Assim, aplicando-se a violência presumida e mais a majoração de pena prevista no parágrafo 9º, discutia-se a caracterização de bis in idem, ou seja, a utilização da mesma circunstância duas vezes em desfavor do autor, uma vez enquadrando-o em um tipo mais grave, qualificado, e posteriormente sendo causa especial de aumento, majorando a sanção na metade.<sup>48</sup>

Havia posicionamento doutrinário em todos os sentidos, contudo restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, em 18 (dezoito) de dezembro de 2003, através do enunciado 334 que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor somente serão classificados na Lei de Crimes Hediondos, se qualificados pelo resultado morte ou lesão corporal grave.<sup>49</sup>

Ainda tratando das disposições gerais do Capítulo IV, o artigo 225, regulava que todos os crimes previstos nos Capítulos anteriores, artigos 213 a 220 seriam de ação penal privada, somente se procedendo através de queixa-crime. Contudo, se a vítima ou os pais não pudessem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, a ação seria pública condicionada ou se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação seria de iniciativa do Ministério Público.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 609 - 610

<sup>48</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 28

<sup>49</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 34

<sup>50</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 610 - 611

Há contudo polêmica, no ordenamento penal brasileiro, de acordo com o artigo 101, do Código Penal, entende-se por crime complexo aquele composto por dois ou mais tipos penais, “quando a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal, fatos que por si mesmo constituem crime” a ação seria incondicionada. No caso do estupro, na forma fundamental, não trata-se de delito complexo.<sup>51</sup>

Ademais, o Superior Tribunal Federal através da súmula 608 estipulou que os crimes de estupro que fossem praticados mediante violência real, ou seja, qualificados por lesões corporais graves ou morte, se procederiam mediante ação pública incondicionada, entendia-se ainda, ser esta súmula aplicável ao crime de atentado violento ao pudor.<sup>52</sup>

Por fim, no último artigo, do Capítulo, o 226, tratava das causas de aumento de pena, impondo-se ao magistrado que majore a pena de quarta parte se o crime fosse cometido com o concurso de duas ou mais pessoas ou se o agente tivesse alguma autoridade sobre a vítima, seja em razão de ascendência, ser empregador, preceptor ou se o agente for casado.<sup>53</sup>

### **1.5 Lei 12.015/09**

O Código Penal Brasileiro foi instituído pelo Decreto Lei 2.848 de 1940 e apesar de os delitos sexuais sempre terem sido tutelados pelo ordenamento jurídico, fazia-se necessária novas alterações legislativas, atualizações que melhor coadunassem o contexto econômico e cultural da sociedade em geral, que está em constante mudança.

---

<sup>51</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 611

<sup>52</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 611

<sup>53</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 611 - 612

A própria terminologia do Título VI, que dispunha sobre os crimes contra os costumes, já se demonstrava inadequada e conservadora em 1940.<sup>54</sup> Observa-se que moralidade sexual coletiva e a reação social, recebiam mais proteção do que o efetivo dano sofrido pela vítima e a sua liberdade em dispor sobre seu próprio corpo e escolha de seus parceiros.<sup>55</sup>

Além de as mulheres serem consideradas como objetos, não havendo muita relevância para o ordenamento jurídico os seus interesses ou vontades, o Código mostrava-se preconceituoso, visto que, em alguns tipos penais somente eram tuteladas as “mulheres honestas”, adjetivo que nunca foi exigido de nenhum homem para que pudesse ser inserido na esfera protetiva estatal.<sup>56</sup>

Esta falsa moralidade social e os tratamentos diferenciados entre os gêneros, eram circunstâncias que não se sustentavam mais, tanto pela posição de independência e destaque conquistada pela mulher na sociedade, como pela ideia de tutela a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da nossa República, além do consagrado princípio da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.<sup>57</sup>

Assim, no caminho para a correção de tais deficiências e para chegar a redação final atual, houveram algumas reformas, dentre as mais relevantes, A Reforma Penal de 1984, Lei 7.209/84, que contudo limitou-se a alterar a parte geral do Código,<sup>58</sup> sendo somente em 29 de março de 2005, com a aprovação da Lei 11.106 que se procederam alterações mais profundas. Ocasão em que houve revogações de artigos, mudanças em diversas penas, supressões e acréscimos de

---

<sup>54</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37

<sup>55</sup> TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 2

<sup>56</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 745

<sup>57</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 745

<sup>58</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37

alguns termos.<sup>59</sup>

Dentre as principais alterações, estavam a exclusão do termo “mulher honesta” da redação dos artigos 215 e 216, que se referiam à posse sexual mediante fraude e ao atentado violento ao pudor mediante fraude, respectivamente. Houve também, a elevação da pena na metade no artigo 226, que tratava das disposições gerais dos crimes contra os costumes. Além da revogação do delito de sedução, previsto no artigo 217 e o de adultério, no 240, além da supressão do Capítulo III, que abordava os crime de rapto.<sup>60</sup>

A partir deste cenário, em 2004 foi instaurada uma Comissão Mista Parlamentar de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescente (CPMI), “CPI da pedofilia”, iniciativa esta, destinada a investigar a exploração sexual, que deu origem ao Anteprojeto de Lei nº 253, de 2004, do Senado Federal que viria, através de desdobramentos a dar origem a Lei 12.015/09. Este projeto foi justificado tendo em vista a seguinte concepção:<sup>61</sup>

[...] para a ciência penal, os nomes e títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade sexual ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente protejo de lei fé ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal como Dos Crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual.

---

<sup>59</sup> TASQUETTO, Lucas da Silva; SANCHES, Eduardo Jesus. **Lei no 11.106/2005**: uma análise crítica frente às alterações ao Código Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n 739, 14 julho. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/6996/lei-n-11-106-2005/1>>. Acesso em: 15 maio 2015

<sup>60</sup> TASQUETTO, Lucas da Silva; SANCHES, Eduardo Jesus. **Lei no 11.106/2005**: uma análise crítica frente às alterações ao Código Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n 739, 14 julho. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/6996/lei-n-11-106-2005/1>>. Acesso em: 15 maio. 2015

<sup>61</sup> RODRIGUES, Júlia de Arruda; CARDOSO, Larissa Ataíde et al. **O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2338, 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13908>>. Acesso em: 20 maio 2015

Finalmente, no dia 07 de agosto de 2009, foi promulgada a lei 12.015 e alterou o Título VI do Código Penal Brasileiro, que passou a chamar “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”.<sup>62</sup>

Em suma, as alterações trazidas pela promulgação da lei consistiram, na divisão do Título VI, em 5 capítulos. No Capítulo I - dos crimes contra a liberdade sexual, artigos 213, 215 e 216-A, já no Capítulo II - dos crimes sexuais contra vulnerável, os artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B, correspondente ao estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, favorecimento da prostituição, respectivamente. No Capítulo V, estão os crimes relacionados ao lenocínio e ao tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, dispostos nos artigos 227 a 231-A, e, por último, no Capítulo VI, os crimes de ultraje público ao pudor, ato obsceno no 233 e, por fim escrito ou objeto obsceno no artigo 234.<sup>63</sup>

Em suma, a essência das alterações foi que o enfoque da tutela estatal evoluiu num sentido de garantir a liberdade sexual da mulher e do homem em dispor sobre seu corpo, escolha de parceiros, numa proteção a pessoa humana e ao seu efetivo dano sofrido e não mais uma moralidade social. Representou assim, o reconhecimento do direito da mulher, sua capacidade de autodeterminação e de proteger-se não só da sociedade, como também dentro seus relacionamentos contra seus próprios companheiros.<sup>64</sup>

## 1.6 Do estupro no Código atual

O crime de estupro, com lei 12.015/09, passou a ser definido no artigo 213, com a seguinte redação: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir com que ele se pratique outro ato

---

<sup>63</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 403

<sup>64</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43-44

libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão.<sup>65</sup>

Assim, ocorreu uma fusão entre o tipo de estupro e o antigo crime de atentado violento ao pudor, previsto no revogado artigo 214. De modo que, antes da Lei 12.015, somente era configurado estupro na ocorrência de conjunção carnal, sendo punido como atentado violento ao pudor a prática dos demais atos libidinosos, agora o tipo passou a abranger todas as relações carnavais.<sup>66</sup>

Deste modo, o delito passou a ser mais abrangente, podendo ocorrer duas espécies distintas de estupro, quais sejam: a primeira figura seria de constranger alguém a ter conjunção carnal. Constranger significa forçar, sujeitar, coibir uma mulher, independente de ser virgem, prostituta ou honesta ao coito vaginal. A segunda figura, seria de constranger alguém a praticar ou a permitir com que ele se pratique outro ato libidinoso. O elemento subjetivo “constranger” é utilizado no mesmo sentido que a figura anterior, contudo, a coibição é para a prática de atos diversos da conjunção carnal.<sup>67</sup>

Desta forma, não sendo mais necessária a cópula vagínica, tanto um homem quanto uma mulher podem figurar como sujeito ativo ou passivo do delito, porém nesta segunda variante, a vítima tem participação forçada, ainda que exclusivamente passiva, visto que é incriminada tanto a conduta de realizar o ato libidinoso quanto a de permitir que com a pessoa se pratique qualquer outra forma de coito.<sup>68</sup>

Em ambas as espécies, contudo, o modo de operação do crime é por meio de violência ou grave ameaça. Continua a entender-se por violência, a utilização de

---

<sup>65</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 403

<sup>66</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 403

<sup>67</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46

<sup>68</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46-47

força física na intenção de vencer a resistência da vítima, seja utilizando-se do próprio corpo, de objetos, outros meios como gases, fogo ou até mesmo contra terceiros, desde que ocorra coação e, por ameaça, em uma promessa de mal determinado que intimida o real querer do sujeito passivo, impondo medo e intimidando a vítima a satisfazer o desejo sexual do agente.<sup>69</sup>

Já os parágrafos do artigo 213, passaram a dispor sobre as qualificadoras de resultado, que antes da promulgação da Lei 12.015 eram previstas no revogado artigo 223. Assim, o parágrafo primeiro, continuou a majorar a pena, se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave, contudo, foi acrescentada uma condição ou qualidade da vítima: se for menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos, a pena também seria de reclusão de 10 (dez) a 12 (doze) anos e o parágrafo segundo, previu a conduta de resultado morte, estabelecendo pena de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.<sup>70</sup>

Diante da nova legislação, para a aplicação da qualificadora exige-se nexo causal, ou seja, que a lesão grave ou o resultado morte tenham decorrido da atuação dirigida à consumação do estupro, toda a conduta criminosa no contexto do ato sexual. Ademais, alguns autores defendem que tanto a ação quanto a omissão, seja culposa ou dolosa devem ser punidas, sendo afastada apenas se decorrer de caso fortuito ou força maior.<sup>71</sup>

Por fim, a Lei 12.015/2009 inseriu tanto a forma fundamental quanto a qualificada do crime de estupro no artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos, agravando as sanções da mesma forma que as demais infrações definidas como tais, em contrapartida, em razão da revogação do artigo 223, que tratava das qualificadoras e do 224, que tratava da presunção de violência, a majoração de pena prevista no o

---

<sup>69</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48-49

<sup>70</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51

<sup>71</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 412 - 413

artigo 9º da Lei 8.072/90 não é mais aplicável, eliminando a antiga discussão sobre uma possível ocorrência de bis in idem.<sup>72</sup>

Não só em um movimento de valorização da liberdade individual, a Lei 12.015/09 foi promulgada para conferir especial proteção aos menores de 18 (dezoito) anos, recrudescendo as sanções, como forma de coibir qualquer tipo de exploração sexual de crianças e adolescente e os crescentes casos de pedofilia e prostituição infantil.<sup>73</sup>

Devido a relevância desse bem jurídico e a dimensão que vem assumindo o tráfico de menores para fim sexual,<sup>74</sup> no âmbito do direito externo, o Brasil ratificou diversos tratados como forma de garantir tratamento especial a esses grupos minoritários, como o de crianças, mulheres, idosos.

Na legislação interna, anteriormente a promulgação da Lei 12.015/09, houve a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), a Lei Maria da Penha (Lei 11.343/06), posteriormente o Estatuto da Juventude (Lei 12.852/2013), além do Estatuto da Família que está em processo de aprovação pelo Congresso Nacional. Ademais, titulouse o crescimento de movimentos sociais em favor da proteção desses grupos.

Neste sentido, em âmbito interno a intenção do legislador era ainda de dar maior efetividade ao artigo 227, §4º, da Carta Magna que previa “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”,<sup>75</sup> além de um movimento de reconhecimento de violência ocorrida em

---

<sup>72</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57-59

<sup>73</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 425

<sup>74</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 425

<sup>75</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 424

ambiente familiar e da necessidade de “assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações”, previsto no artigo 226, §8º, da Constituição Federal de 1988.

No Código, o reflexo deste movimento foi a destinação de um Capítulo para tratar dos crimes sexuais contra vulneráveis, o Capítulo II que engloba os crimes de estupro de vulnerável no artigo 217-A, corrupção de menores no 218, satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente disposto no artigo 218-A e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável no artigo 218-B.<sup>76</sup>

Por sujeito passivo vulnerável, entende-se, para determinado tipos o menor de 18 (dezoito) anos e para outros, o menor de 14 (catorze), bem como, o enfermo ou deficiente mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, o que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.” De modo que, o bem jurídico tutelado aqui se trata de uma liberdade sexual futura, uma proteção para que a vítima enquanto vulnerável se desenvolva regularmente e possa atingir a fase adulta ou superar a condição temporária de vulnerabilidade, sem traumas decorrentes de violência sexual, e assim, possa finalmente consentir validamente para a prática do ato.<sup>77</sup>

Deste modo, restou uma desarmonia entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece como criança quem tem 12 (doze) anos incompletos e classifica como adolescente o que tem 12 (doze) anos e idade inferior a 18 (dezoito). Ademais, apesar da vulnerabilidade poder ser classificada tanto de forma relativa como absoluta, o legislador, ao revogar o artigo 224, que dispunha sobre a presunção de violência e ao aferir a faixa etária da vulnerabilidade, não concedeu discricionariedade para que o juiz analisasse em cada caso, por exemplo,

---

<sup>76</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 426

<sup>77</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93

o grau de maturidade da vítima.<sup>78</sup>

O estupro de vulnerável está disposto no artigo 217-A com a seguinte redação “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 não configura como elemento do tipo a violência ou a grave ameaça, apesar de tutelar a sua ocorrência.<sup>79</sup>

Os parágrafos 3º (terceiro) e 4º (quarto) tratam das formas qualificadas pelo resultado, a saber: se da conduta resulta de lesão corporal de natureza grave, a pena passa a ser de 10 (dez) a 20 (vinte) anos de reclusão ou, se resultar morte, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão. A doutrina entende que, assim como no estupro qualificado, a intenção do legislador foi abranger a incidência da norma, sendo punido tanto o resultado culposos, quanto o doloso, ademais, tanto a forma simples quanto a qualificada é regulada pela Lei dos Crimes Hediondos, conforme o artigo 1º, VI, da referida Lei.<sup>80</sup>

Esta infração penal pode ser praticada tanto por homem quanto por mulher, assim como podem ser sujeitos passivos, pessoas de ambos os sexos, seja na prática de conjunção carnal, quanto de ato libidinoso, no entanto, em razão do coito, na segunda hipótese não há como autor e vítima serem do mesmo sexo.<sup>81</sup>

Assim, encerra-se a análise dos crimes sexuais, ao longo da história e principalmente no ordenamento jurídico nacional, com especial destaque ao estudado crime de estupro, até a criação da sua forma especializada

---

<sup>78</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 425-426

<sup>79</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 426

<sup>80</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 431

<sup>81</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 427

## 2 A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA PROPORCIONALIDADE AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O Código Penal foi instituído pelo Decreto Lei 2.848 de 1940 e as alterações ocorridas em sua redação se deram a partir da edição de leis, feitas de forma isolada, o que implicou na desarmonia entre crimes e penas.

Conforme visto no capítulo anterior, a Lei 12.015/09 foi promulgada em um contexto de maior preocupação em se tutelar grupos minoritários, como mulheres crianças e idosos, reflexo de tratados assinados pelo Brasil que visam combater exploração sexual de menores e crescentes casos de pedofilia, bem como, dar maior efetividade a Constituição Federal de 1988.

Dentre as principais inovações trazidas por esta nova Lei, sendo reflexo deste contexto está a criação da figura do vulnerável, contudo foram criados dois conceitos. Primeiro, para fins de estupro, são assim classificados, os menores de 14 (catorze) anos ou os que por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato e, aqueles que, por qualquer outra causa não puderem oferecer resistência.<sup>82</sup>

Segundo, para os crimes de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual do vulnerável, prevista no artigo 218-B, CP, em que a idade adotada para ser considerado vulnerável é o menor de 18 (dezoito) anos, além daqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato e, aqueles que, por qualquer outra causa não puderem oferecer resistência.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 814

<sup>83</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília, 2012. p. 82

O critério etário é comprovado por documento regular e não abre espaço para a avaliação da vulnerabilidade de cada caso concreto. É justificado, considerando que com 14 (catorze) anos o desenvolvimento mental e físico do adolescente ainda está incompleto, logo, ele não está preparado para a prática de atos sexuais, bem como, não tem capacidade total de discernimento, que lhe permita exprimir um consentimento válido.<sup>84</sup>

Quanto àqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, a vulnerabilidade deve ser comprovada mediante perícia médica, visto que, não basta que a vítima esteja enferma, há que se comprovar que esta patologia afetou o seu dissenso. Ademais, é imprescindível que o agente conheça a condição e seu dolo em tirar proveito disto para abusar sexualmente de alguém.<sup>85</sup>

Por fim, também são classificados como vulneráveis aqueles que por qualquer outra causa não podem oferecer resistência, é irrelevante se foi o agente quem retirou a capacidade da vítima de recusar-se a prática do ato ou se este apenas aproveitou-se das circunstâncias.<sup>86</sup>

Este novo conceito de vulnerabilidade substituiu a presunção de violência prevista no antigo artigo 224, do CP. Assim, enquadrando-se nas condições previstas anteriormente trata-se de crime contra vulnerável, uma presunção absoluta que não cabe prova em contrário. Ademais, é irrelevante o emprego de violência, fraude ou grave ameaça para que o delito se configure.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 814

<sup>85</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 814-815

<sup>86</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 815

<sup>87</sup> MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 814

Diante deste contexto, e, de uma pena que varia de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, surgiu o questionamento no ordenamento jurídico acerca da possibilidade e da razoabilidade de se aplicar o princípio da insignificância e da proporcionalidade ao estupro de vulnerável.<sup>88</sup>

Diante da impossibilidade em se analisar as peculiaridades de cada episódio em particular, como o nível de maturidade e a experiência sexual da vítima, sendo o critério para classificar a vulnerabilidade objetivo, não estaria, em certos casos, o agente sendo punido de forma desproporcional?<sup>89</sup>

A discussão é pertinente, visto que, não estaria configurada uma disparidade em um ordenamento onde a dignidade sexual é tutelada na mesma intensidade ou até mesmo com mais rigor do que a vida humana, como é o caso do homicídio simples, em que a pena mínima é de 6 (seis) anos, dois anos a menos que o estupro de vulnerável.<sup>90</sup>

Ante esta realidade, diversos juízes, em casos em que não ocorre conjunção carnal e a conduta do agente se resume a atos libidinosos diversos, como toques superficiais, beijos ou apalpar os seios, as nádegas ou a genitália da vítima, o crime de estupro de vulnerável está sendo desclassificado, dependendo do caso, para as infrações penais de importunação ofensiva ao pudor e perturbação da tranquilidade, previstas no artigos 61 e 65, respectivamente, da Lei de Contravenções Penais, conforme se observa nos seguintes julgados do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

---

<sup>88</sup> OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 set. 2015

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 de set. 2015.

<sup>90</sup> OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 de set. 2015

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO DO ART. 65 DO DECRETO-LEI 3.688/41. CABIMENTO. CONDUTA OMISSIVA DA GENITORA DA VÍTIMA NÃO DEMONSTRADA. ABSOLVIÇÃO.

[...] II – A infração penal de estupro de vulnerável prevista no art. 217-A do Código Penal difere daquela prevista no art. 65 da Lei de Contravenções Penais, pois, no primeiro caso, o dolo do agente é voltado para a obtenção de conjunção carnal ou para a prática de outro ato libidinoso que satisfaça a sua lascívia, enquanto que, no segundo, o dolo se dirige a perturbar ou provocar a vítima de modo censurável. Assim, **impõe-se a manutenção da desclassificação da conduta descrita no art. 217-A do Código Penal promovida na sentença para a contravenção penal do art. 65 do Decreto-Lei 3.688/41, se a conduta perpetrada pela ré, conquanto altamente reprovável, não apresentou a intensidade necessária para configurar violação à liberdade sexual da vítima, consistindo em toques superficiais na genitália da menor, a qual teve preservada a incolumidade física e psíquica.** [...] (grifo nosso)<sup>91</sup>

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. CABIMENTO. ATOS LASCIVOS SUPERFICIAIS. PROVIMENTO PARCIAL.

1. **Comprovado que os atos praticados pelo réu foram superficiais e breves, consistentes em tentativa de beijo na boca e beijo no pescoço, a desclassificação do delito de estupro de vulnerável para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade é medida que se impõe. Precedentes.** (grifo nosso)<sup>92</sup>

Há também, tentativa de se desclassificar a conduta para o artigo 232, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Submeter criança ou adolescente sob sua

<sup>91</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.889150, 20141210007523APR. Terceira Turma Criminal. Relator: NILSONI DE FREITAS, Revisor: JOÃO BATISTA TEIXEIRA. Brasília, 20 de agosto de 2015. Publicado no DJE: 25/08/2015. p. 101. Disponível em <[http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDoDocumento=889150&idDocumento=889150](http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=889150&idDocumento=889150)> Acesso em 20 ago. 2015

<sup>92</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.885734, 20140111997463APR. Terceira Turma Criminal Relator: JESUINO RISSATO, Revisor: SANDOVAL OLIVEIRA. Brasília, 06 de agosto de. Publicado no DJE: 10/08/2015. p. 135. Disponível em <[http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDoDocumento=885734&idDocumento=885734](http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=885734&idDocumento=885734)> Acesso em 07 set. 2015

autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena - detenção de seis meses a dois anos”.<sup>93</sup> Vejamos o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. CONFIRMAÇÃO POR OUTROS MEIOS. ABSOLVIÇÃO. NÃO CABIMENTO. EXAME DE CORPO DE DELITO. VESTÍGIOS. AUSÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. ART. 61, LCP. ART. 232, ECA. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. ART. 226, II, CP. TIO-AVÔ. AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA. CAUSA DE AUMENTO. MANUTENÇÃO.

[...] **É inviável o pleito de desclassificação quando a natureza do ato libidinoso praticado contra a ofendida ultrapassa os limites da contravenção de importunação ofensiva ao pudor e não se confunde com aquela descrita no art. 232 do E.C.A.** [...] (grifo nosso)<sup>94</sup>

Contudo, apesar de a desclassificação para este tipo, ser apresentada como uma possível solução intermediária, trata-se de tipo muito restrito, por pressupor uma relação de submissão entre o autor e a vítima<sup>95</sup>. Ademais, ainda que a pena prevista seja maior que de uma contravenção penal, continua sendo uma infração de menor potencial ofensivo, por fim, encontrou-se apenas dois julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território e nenhum deles foi provido.

## 2.1 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade

Dentre outros conceitos, extrai-se do sentido literal de proporcional como aquilo que corresponde a outra coisa em tamanho, grau ou intensidade. Dentro do ordenamento jurídico impõe-se como uma proteção contra uma atuação abusiva do Estado. Um reforço para que se alcance o devido equilíbrio entre o agente ser

<sup>93</sup> BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm) > Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>94</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.823774, 20130710142267APR. Segunda Turma Criminal. Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI. Brasília, 02 de outubro de 2014. Publicado no DJE: 07/10/2014. p. 300. Disponível em <[http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&aseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDoDocumento=823774&idDocumento=823774](http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&aseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=823774&idDocumento=823774)> Acesso em 02 set. 2015

<sup>95</sup> JUNIOR, Heitor Costa. **ECA comentado: ARTIGO 232/LIVRO 2 – TEMA: Dos Crimes**. Disponível em < <http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo-232livro-2---tema-dos-crimes> > Acesso em 05 de set. 2015

gravado pela sua conduta na medida da gravidade do fato, sem prejuízo cumpra sua função socioeducativa e necessária para a proteção da coletividade.<sup>96</sup>

Não é nova a ideia buscar uma proporção entre a sanção estatal e o delito cometido, já caracterizava a essência da lei do talião, expressa por “olho por olho, dente por dente”, que significa que o homicida será punido com pena de morte, ideia presentes nas antigas disposições, desde o Código de Hamurabi. No entanto, nacionalmente este termo foi utilizado pela primeira vez, apenas em 1993, pelo Supremo Tribunal Federal em cerne de controle de constitucionalidade, ao deferir uma liminar.<sup>97</sup>

Na doutrina e na jurisprudência o princípio da proporcionalidade é sempre reportado ao da razoabilidade. De uma maneira geral, os conceitos mantêm relação de fungibilidade, apresentando essencialmente a busca pelo equilíbrio entre o exercício do poder estatal e as garantias individuais de cada cidadão.<sup>98</sup>

Embora não expressamente, princípio da proporcionalidade é verificado entre as normas de nível constitucional, em uma combinação entre o artigo 37 e o artigo 5º, inciso II e o artigo 84, inciso IV, todos da Constituição Federal. Logo, por ser extraído de normas de nível superior, como consequência é norteador para a toda a atividade penal. Esta ideia de harmonia deve ser observada paralelamente e em diversos sentidos dentro do sistema punitivo estatal.<sup>99</sup>

Primeiro, o legislador deve se atentar, a uma noção de harmonia na criação dos tipo penais. Proporcionalidade entre o fato incriminador e a pena aplicável, no

---

<sup>96</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gomes. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p. 35

<sup>97</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gomes. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p.p 39-41

<sup>98</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gomes. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p. 37

<sup>99</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gomes. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p. 59

sentido de que quanto mais grave o dano gerado, mais grave deve ser a sanção penal.<sup>100</sup>

Como leciona Nucci : “O desajuste entre delito e pena desestabiliza as bases da intervenção mínima, pois na prática, o autor da infração termina por receber punição acima de sua capacidade de absorção, representando abuso estatal.”<sup>101</sup>

Segundo, deve haver uma razoabilidade na análise do caso concreto por parte do judiciário. Necessita-se de avaliação do grau de culpabilidade do agente, uma análise de dolo ou culpa na conduta e, observando a sanção previamente determinada pela lei, uma individualização da pena a cada indivíduo.<sup>102</sup>

Trata-se de disposição constitucional, prevista no artigo 5º, XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará entre outras, as seguintes: a) privação de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos”.<sup>103</sup>

Por fim, a necessidade de um contexto uniforme dentro do sistema penal como um todo. Com o advento de diversas leis, com destaque para a legislação penal extravagante, em anos diferentes e modificando partes isoladas, houve uma desarmonização entre os capítulos.

Diante desses desvios legislativos muitos julgadores utilizam-se deste princípio e de outros para, na análise de casos concretos não aplicarem penas abusivas. Empregando analogia *in bonam partem* desclassificam condutas para

---

<sup>100</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gomes. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p. 62

<sup>101</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p. 417

<sup>102</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p.235

<sup>103</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Portal do Planalto Central, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 06 de ago. 2015

tipos mais leves, utilizando as penas de crimes análogos para punir o agente na exata extensão do dano e alcançar o verdadeiro senso de justiça.<sup>104</sup>

À título de exemplo, a Lei 12.015/09 além de criar a figura do estupro de vulnerável, expressa no artigo 217-A, fixou a pena mínima em oito anos de reclusão, sendo que a máxima pode chegar em até quinze, já o crime de homicídio simples previsto no artigo 121, do Código Penal, tem como pena mínima seis anos de reclusão e com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, dentre outras alterações, dobrou a pena do crime de estupro, tipificado no artigo 213, do Código, de três para seis anos.<sup>105</sup>

Neste sentido, fazendo um paralelo apenas entre esses crimes, é perceptível a consequência dessas alterações isoladas. Há uma equiparação na sanção cominada entre os tipos, demonstrando a clara disparidade em um ordenamento onde a dignidade sexual é tutelada na mesma proporção ou até com mais rigor do que a vida humana.<sup>106</sup>

Assim, fez surgir a discussão se é razoável a desclassificação do estupro de vulnerável para tipo menos graves ou até mesmo reconhecer a inexistência de crimes, interpretação autorizada pela aplicabilidade dos princípios da Proporcionalidade e da insignificância aos casos concretos, visando a correção de todas estas assimetrias presentes no próprio Código e como forma de acompanhar as evoluções sociais de uma forma geral.

Já, por insignificante, entende-se algo de pouca ou nenhuma relevância, a ponto de ser considerado desprezível. No campo do Direito Penal, o princípio da insignificância, também chamado de princípio da bagatela, é aplicado quando a

---

<sup>104</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p. 417

<sup>105</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p. 236-237

<sup>106</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p.416

conduta do agente, apesar de típica, sob a óptica formal, não possui relevância material. Ou seja, a gravidade da ofensa efetivamente causada ao bem jurídico tutelado foi ínfima ou inexistente, de modo que o delito é considerado um quase crime.<sup>107</sup>

Este princípio tornou-se notável primeiro por Claus Roxin, em 1964, inspirado no ditado latino “*minima non curat praetor*”, que expressava algo como “o magistrado não cuida de coisas sem importância”.<sup>108</sup> É assim, uma criação da doutrina e da jurisprudência, legitimado por uma demanda de intervenção mínima do Estado, não há, entretanto, previsão expressa na legislação brasileira, ainda que venha sendo bastante utilizado.<sup>109</sup>

Baseado ainda, pela necessidade em se atingir a proporcionalidade da sanção aplicada à gravidade da infração cometida pelo agente, há um dupla análise durante o julgamento do comportamento adotado pelo sujeito. Primeiro, verifica-se a materialidade formal, que significa analisar se a conduta praticada, é típica, se enquadra em alguma conduta descrita como infração penal. Em seguida, examina-se se este ato praticado de fato gerou alguma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.<sup>110</sup>

Assim, ao ser verificada a segunda hipótese, aplica-se o princípio da insignificância, que representa uma causa supralegal da exclusão da tipicidade material, de modo que é retirada da tutela estatal e o réu é absolvido, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, que dispõe justamente sobre a atipicidade material<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p. 193

<sup>108</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Dizer o Direito, 2014. p.2

<sup>109</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Dizer o Direito, 2014. p.2

<sup>110</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Dizer o Direito, 2014. p. 2

<sup>111</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Dizer o Direito, 2014. p.3

O princípio da insignificância aparece assim, como mais uma solução para corrigir uma eventual desproporcionalidade entre o comportamento do agente e a real ofensa ocorrida ao bem jurídico tutelado. Uma vez, que é papel do legislador assinalar as condutas socialmente reprováveis, contudo, acontece de uma forma abstrata e geral, a fim de englobar o maior número de situações possíveis. Na prática, entretanto, o julgador se depara com inúmeras situações que, apesar de serem formalmente típicas, devida a abrangência da norma, o resultado é de fato irrelevante e não há uma ofensa mínima que mereça a intervenção estatal, sanção desproporcional que viria a causar injustiça.<sup>112</sup>

Ademais, representaria uma afronta a princípios que servem como base do direito penal, quais sejam: subsidiariedade e fragmentariedade, assim, ele é apenas um fragmento do ordenamento jurídico como um todo, sendo reservado apenas para as infrações mais graves, em *ultima ratio*, quando os demais ramos do direito não forem capaz de resolver a contenda.<sup>113</sup>

Conduto, justamente por não haver uma previsão legal, gerou-se um debate sobre quais seriam os requisitos para a aplicabilidade deste princípio. O Min Celso de Mello no HC 84.412/SP elaborou quatro requisitos objetivos e cumulativos que são adotados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada.<sup>114</sup>

Apesar de elencados, os julgados ao invés de elucidar cada um dos requisitos, limitam-se a apontá-los. Cenário este, que é criticado pela doutrina, uma

---

<sup>112</sup> SEIBEL, Susana Behenck. **Princípio da insignificância penal: Uma análise do uso de valores subjetivos em sua aplicação prática**, 2013. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14642](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14642)> Acesso em 29 set. 2015

<sup>113</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p. 192

<sup>114</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Dizer o Direito, 2014. p.4

vez que os quatro requisitos são redundantes e parecem até mesmo se confundir, ao dizer a mesma coisa, apenas com palavras diferentes.<sup>115</sup>

É utilizado ainda, um segundo critério, subjetivo, pela não aplicabilidade do crime de bagatela, quando o sujeito for reincidente ou apresentar conduta reiterada. No entanto, este critério também é criticado por alguns doutrinadores, por tratar-se de excludente de tipicidade, entendem que o que deve ser levado em consideração é apenas se a conduta é típica e o se o resultado é ínfimo, não a culpabilidade do agente.<sup>116</sup>

Por fim, apesar desta grande indeterminação, o reconhecimento do crime de bagatela, é importante, pois, ao aumentar o nível de interpretação do Código por parte do judiciário, além de diminuir a diferença entre a teoria e a prática e, conseqüentemente, tornar possível aplicar uma pena na exata medida do dano causado pelo agente, proporciona modernidade e atualiza a aplicabilidade do Decreto Lei Penal, que foi promulgado há 75 anos.<sup>117</sup>

## 2.2 Corrente favorável à aplicabilidade

A corrente favorável à aplicabilidade dos princípios da insignificância e da proporcionalidade tem como principal argumento, que devido a impossibilidade em se analisar as peculiaridades de cada caso concreto, por vezes, acaba ocorrendo uma punição desproporcional à infração realmente cometida pelo agente.<sup>118</sup>

Desclassifica-se então, o crime de estupro de vulnerável para infrações menos graves, por entender que ao aplicar os princípios da insignificância e/ou da

---

<sup>115</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Dizer o Direito, 2014. p.4

<sup>116</sup> SEIBEL, **Susana Behenck**. **Princípio da insignificância penal**: Uma análise do uso de valores subjetivos em sua aplicação prática, 2013. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14642](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14642)> Acesso em 29 set. 2015

<sup>117</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p.192

<sup>118</sup> OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 set. 2015.

proporcionalidade alcança-se um julgamento mais justo. Visto que, entende-se exagerada a ação punitiva do estado, ao condenar o agente por tal conduta, a uma pena, que sendo mínima é de 8 (oito) anos de reclusão. Sem considerar todo o desgaste que a instauração de uma ação penal traz, isso tudo para julgar e punir atos como beijos e toques superficiais.<sup>119</sup>

O doutrinador Cesar Roberto Bittencourt defende em sua obra que, “passar a mão nas coxas, nas nádegas ou no seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado ou roubar um beijo lascivo configuram, a nosso juízo, a contravenção penal do art. 61 da lei especial”, pois não há como equiparar o dano causado por beijos lascivos ou amassos à ocorrência de um coito anal forçado. Assim, apresenta como solução, que quando atos libidinosos forem praticados em público ou acessível ao público, que haja a aplicação do princípio da proporcionalidade e a conduta do agente seja desclassificada para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista do artigo 61, da LCP. Já as ocorrências que forem presenciadas apenas pelo autor e pela vítima, que não ocorra em locais públicos, posiciona-se pela incidência do princípio da insignificância, não só pelo desvalor da ação, bem como pelo desvalor do resultado.<sup>120</sup>

Conforme observado no seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTRAÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTUMDESPROPORCIONAL. CRITÉRIO OBJETIVO/SUBJETIVO. REDUÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA MANTIDA.

**1. Mantém-se a condenação do apelante, se comprovadas**

---

<sup>119</sup> OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 set. 2015.

<sup>120</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 95

nos autos a autoria e materialidade da contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, porque o comportamento do réu não era grave e intenso o suficiente a caracterizar o delito de estupro de vulnerável.

2. A infração descrita no art.61 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 consiste em importunar alguém em local público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor. Se as condutas eram realizadas em local privado, não resta configurada essa contravenção, mas aquela prevista no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/1941. (...)

4. Apesar de não se encontrar estabelecido no Código Penal, a exasperação da pena pelo reconhecimento de circunstâncias agravantes deve se dar dentro de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. (...) (grifo nosso)<sup>121</sup>

Defende-se ainda, que tendo em vista que, meninas desenvolvem-se corporalmente em idades diferentes, muitas vezes de forma precoce e mesmo com menos de 14 (catorze) anos aparentam mais velhas do que realmente são. Mesmo em situações como esta, em decorrência da presunção absoluta de violência, é ignorada a possibilidade de erro de tipo.<sup>122</sup>

É válido ressaltar, que crianças e adolescentes vivem em uma sociedade em que cenas com apelos sexuais são quotidianas em novelas, programas de auditório e propagandas exibidas na televisão, um meio de transmissão em massa e que alcança todo o país, situação esta, que é vista com normalidade pelas famílias e pela coletividade em geral.<sup>123</sup>

Assim, não parece razoável considerar que indivíduos com acesso a tanta informação por meio de avançados meios de comunicação não sejam capazes de

---

<sup>121</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. [Acórdão n.827933](#), 20131210036148APR. Terceira Turma Criminal. Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA. Brasília, 23 de outubro de 2014. Publicado no DJE: 30/10/2014. p. 135. Disponível em <[http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&aseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDoDocumento=827933&idDocumento=827933](http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&aseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=827933&idDocumento=827933)> Acesso em 05 de set. 2015

<sup>122</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília, 2012. p. 105

<sup>123</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília. 2012. p. 106

compreender o que venha a ser relação sexual e não consigam consentir validamente para a prática do ato,<sup>124</sup> ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente atesta a capacidade de discernimento do adolescente, ao prever medidas socioeducativas como forma de sanção para infrações criminais cometidas por aqueles menores de 18 (dezoito) anos e maiores de 12 (doze).<sup>125</sup>

Deste modo, deveria ser considerado ainda, que a educação sexual desses jovens acontece em tempos diferentes, devido ao fato do Brasil ser um país de proporções continentais e, conseqüentemente, haver muitas diferenças culturais e sociais pelo território,<sup>126</sup> mais um argumento que demonstra a necessidade e a razoabilidade em se analisar cada caso específico.

Isto posto, percebe-se que o legislador mostra-se incapaz não só de acompanhar os avanços e as conseqüentes mudanças na dinâmica social, mas também deficiência na definição de criança e adolescente. Visto que, o Estatuto estabelece como criança, pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos e como adolescente, aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos e não há, deste modo uma equiparação entre os dispositivos, já que é considerado vulnerável pelo Código Penal o menor de 14 (catorze) anos.<sup>127</sup>

Neste sentido, Nucci defende que “a idade de 14 anos deveria ser eliminada deste cenário”. A presunção de violência poderia ser até absoluta para o menor de 12 (doze) anos, mas deveria comportar prova em contrário ao tratar de adolescente. Argumenta ainda que:

havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de

---

<sup>124</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília. 2012 p. 110

<sup>125</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília. 2012 p. 112

<sup>126</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília, 2012. p. 108

<sup>127</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 144

pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação.<sup>128</sup>

Destarte, conforme já explanado anteriormente, a Lei 12.015/09 foi promulgada como mais um reforço no combate à exploração sexual infantil e a pedofilia, ou seja, é uma realidade nacional menores que se prostituem.<sup>129</sup> Desta forma, pergunta - se se parece razoável desconsiderar a experiência sexual destas meninas ou presumir que o abalo psicológico provocado seria o mesmo que de uma outra adolescente virgem e, desta forma, tipificar ambos os casos como estupro de vulnerável baseado apenas no fato de as duas possuírem a mesma idade?

Assim, observemos o posicionamento do Nucci:

uma menor de 14 anos prostituída, que já tenha tido inúmeros contatos sexuais, com a ciência geral da comunidade, inclusive de seus pais, não poderia ser considerada incapaz de dar o seu consentimento. Não seria razoável – e o direito, em última análise, busca a justiça – punir o agente por estupro, caso mantenha com a jovem conjunção carnal.<sup>130</sup>

Ademais, as leis têm que acompanhar as mudanças sociais, sendo comum jovens de 18 (dezoito) anos que namoram outros de 12 (doze) ou 13 (treze) anos, e que mantêm relações sexuais com o total consentimento da vítima. Bem como, esta união ser bem vista nas respectivas famílias, muitas vezes com perspectiva de casamento<sup>131</sup>, não parecendo razoável, mais uma vez, que o Código Penal desconsidere todos estes elementos, interfira tão intimamente na vida das pessoas e sob a justificativa de tutelar uma dignidade sexual que não está realmente em perigo em um cenário como este.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p 144

<sup>129</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília, 2012. p. 112

<sup>130</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 .p. 839

<sup>131</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília, 2012. p. 112

<sup>132</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p 144

Apesar de ser defendida por doutrinadores como Cesar Roberto Bittencourt e Guilherme de Souza Nucci, a aplicabilidade do princípio da insignificância para casos em que o fato não ocorreu em público e/ou quando a ofensa for tão ínfima que deva ser considerada, não foi encontrado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nenhum precedente neste sentido, apenas baseado no princípio da proporcionalidade

Por fim, a falta de flexibilidade desta nova lei, atrapalha ainda a busca da verdade real, valorizando apenas a verdade processual, por não levar em consideração e não permitir que os julgadores utilizem-se de suas habilidades e competência para julgar cada caso concreto.<sup>133</sup>

### 2.3 Corrente desfavorável a aplicabilidade

A lei 12.015/09, além de alterar a terminologia do Título VI para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, superando a ultrapassada nomenclatura “crimes contra os costumes” também unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, criou a figura do estupro de vulnerável, além de suprimir o artigo 224, que tratava da presunção de violência, estabelecendo critérios objetivo para quem seria considerado vulnerável.<sup>134</sup>

Reforma esta, que foi motivada visando combater a exploração sexual de crianças e adolescentes, com atenção especial a casos de violência doméstica e assistência a família, bem como, cuidado aos crescente casos de pedofilia, além de visar uma maior efetividade à Constituição Federal.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília, 2012. p.124

<sup>134</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46 - 53

<sup>135</sup> OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 set. 2015

Nesta perspectiva, o Brasil é, atualmente, um Estado Democrático de Direito o que indica que acontecem eleições livres, em intervalos de tempo, com autoridades escolhidas pelo povo, além do Estado orienta-se por normas democráticas em atenção a direitos e garantias fundamentais descritos na Carta Magna.<sup>136</sup>

Constituição em sentido jurídico, refere-se a norma fundamental e suprema de um Estado. Dispõe sobre os direitos, deveres e garantias de cada cidadão, sobre a separação dos poderes, repartições de competências, individualização dos órgãos, enfim estrutura e organiza o Estado, em geral.<sup>137</sup> Deste modo, está localizada no topo do ordenamento jurídico, devendo as demais normas, consideradas infraconstitucionais, estarem em consonância, sob pena de inconstitucionalidade.<sup>138</sup>

Assim, os capítulos iniciais são dedicados aos direitos e garantias fundamentais, logo no artigo 1º, inciso III, dentro os fundamentos da República Federativa do Brasil, está a dignidade da pessoa humana.<sup>139</sup> Este fundamento, também é um dos motivadores da promulgação da Lei 12.015/09, bem como o artigo 227, caput:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à **criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade, ao respeito, à liberdade** e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, **exploração, violência**, crueldade e opressão. [grifo nosso]

Isto posto, a corrente desfavorável a aplicabilidade defende que proteger a liberdade sexual, é proteger a dignidade da pessoa humana, que corresponde a um direito fundamental. Entende-se que o interesse público não pode dispor de direitos fundamentais, ou seja, não podem ser afastados de acordo com o ânimo do Estado,

---

<sup>136</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.6

<sup>137</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.6

<sup>138</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília, 2012. p. 133

<sup>139</sup> CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília, 2012. p. 133

que ao contrário, tem o dever de garanti-los.<sup>140</sup> O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na oportunidade de julgar o tema:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATOS LIBIDINOSOS. DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS. ESPECIAL RELEVU. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADAS. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INVIABILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PROPORCIONALIDADE ENTRE FATOS E REPRIMENDA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO PARA ¼ (UM QUARTO). OCORRÊNCIA POR MAIS DE 4 VEZES. DOSIMETRIA EM CONFORMIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

(...)

4. O tipo penal descrito no art. 217-A do CP é aberto, uma vez que para a configuração do ato na elementar essencial expressa como "outro ato libidinoso", exige-se do intérprete um juízo de valor, lastreado no caso específico e na finalidade da lei – que é tutelar a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual das crianças e adolescentes –, para que seja possível a subsunção da conduta ao tipo penal abstrato.

5. Aprática de atos libidinosos, diversos de conjunção carnal, com menor de 14 anos de idade, configura estupro de vulnerável, caso atente contra a dignidade sexual da vítima, interferindo na sua liberdade e desenvolvimento sexual, não sendo possível sua desclassificação para a contravenção de "molestar alguém", prevista no art. 65 da LCP, pois tais atitudes extrapolam a mera perturbação da tranquilidade das vítimas.

6. **Não procede a tese de defesa de inconstitucionalidade do art. 217-A, do CP, pela desproporcionalidade da pena para ato diverso da conjunção carnal, pois na sistemática vigente, o legislador ampliou as hipóteses de estupro, incrementando o tipo com a expressão "outros atos libidinosos", restando ao aplicador da lei a tarefa de analisar se no caso específico foi violada a dignidade sexual da vítima.**

7. **Sob o pretexto de ofensa ao artigo 5º, caput, da Constituição Federal (princípios da igualdade e da proporcionalidade), não pode o Judiciário exercer juízo de valor sobre o quantum da sanção penal estipulada no preceito secundário, sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de consequência, incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes.**" (RE n. 358.315/MG, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 19/9/2003).

8. É pacífico o entendimento de que o delito de estupro de vulnerável consuma-se com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à

---

<sup>140</sup> OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 set 2015

dignidade sexual da vítima. (...) (grifo nosso)<sup>141</sup>

É válido lembrar ainda, que a redação dada pela nova legislação visa superar um postura preconceituosa e impositiva que era adotada pelo Estado ao tratar de sexualidade. Não era conferida nenhuma tutela aos interesses da mulher, que era tratada como mero objeto, sendo o foco total na conveniência social, no que afrontaria a moralidade média.<sup>142</sup>

O bem jurídico protegido é a liberdade sexual tanto do homem quanto da mulher, ou seja, garantir a todas as pessoas poder de autodeterminação, tanto na escolha dos parceiros quanto na atividade sexual.<sup>143</sup> A tutela quanto ao menor de 14 (catorze) anos ou que não pode oferecer resistência ou discernir, ainda que temporariamente é, justamente a de velar para que o menor de desenvolva regularmente, atinja a fase adulta ou atravesse a condição de vulnerabilidade sem traumas e apto a exercer a sua vontade consciente.<sup>144</sup>

Assim, a dignidade é inerente a todos os indivíduos pelo simples fato de pertencerem a categoria de seres humanos. Desta forma, a dignidade humana tem reflexo em diversas áreas, inclusive no campo sexual e deve imperar sobre os demais princípios,<sup>145</sup> logo uma infração a este princípio não tem consequência desprezível, não se trata de mera questão patrimonial. De modo que, entende-se por

---

<sup>141</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.892617, 20151210035710APR. Terceira Turma Criminal. Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Revisor: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA. Brasília, 20 de agosto de 2015. Publicado no DJE: 11/09/2015. Pág.: 81. Disponível em <[http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDoDocumento=892617&idDocumento=892617](http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=892617&idDocumento=892617)> Acesso em 07 set. 2015

<sup>142</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial** - Vol. 3, 3ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 2

<sup>143</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48-49

<sup>144</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 403

<sup>145</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial** - Vol. 3, 3ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 2

incompatível a aplicação de teorias de direito penal mínimo, como a aplicabilidade do princípio da insignificância.<sup>146</sup>

Conforme observado no seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROVAS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 65 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. Mantém-se a condenação pelo crime de estupro de vulnerável, uma vez que as declarações da ofendida são coerentes e harmônicas, e encontram respaldo nas demais provas produzidas nos autos, sobretudo as informações prestadas por testemunhas após os acontecimentos, restando comprovado que o apelante, pelo período de mais de 3 anos, praticou com a ofendida atos libidinosos diversos da conjunção carnal, o que, ademais, impede a desclassificação do referido delito para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/1941.

2. **Inaplicável o princípio da insignificância, em razão da ausência de seus requisitos, sobretudo no caso em tela, em que se evidencia a ofensa relevante ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, relativa à dignidade sexual de pessoa vulnerável.** (grifo nosso)<sup>147</sup>

Isto posto, como forma de tutelar a dignidade humana e por reflexo a liberdade sexual, o legislador estabeleceu um critério objetivo para estabelecer os que seriam considerados vulneráveis, qual seja: o menor de 14 (catorze) anos ou aquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

<sup>146</sup> OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 de ago 2015

<sup>147</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.759993, 20130610035474APR. Terceira Turma Criminal. Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: JESUINO RISSATO. Brasília, 13 de fevereiro de 2014. Publicado no DJE: 18/02/2014. Pág.: 214. Disponível em <[http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDoDocumento=759993&idDocumento=759993](http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=759993&idDocumento=759993)> Acesso 05 set. 2015

Portanto, a doutrina majoritária entende que a presunção de vulnerabilidade tem caráter absoluto, não admite exceção, de forma que não é nem mesmo necessário para o aperfeiçoamento do crime que ele seja praticado com violência ou grave ameaça, independe de circunstância. Logo, diante deste rigor, é mais um argumento utilizado para afastar a aplicabilidade dos referidos princípios.<sup>148</sup>

Defendem ainda, que, diante de eventual falha legislativa, em não tutelar possíveis exceções ou possibilitar ao agente que possa fazer prova em contrário da sua conduta, recorrer a princípios, pode, por ventura vir a prejudicar o réu, apesar de ser inadmissível a analogia *in malam partem* ou a retroatividade da lei para prejudicar o condenado, um equívoco que pode vir a causar outro pior.<sup>149</sup>

Conforme observado no seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FURTOS SIMPLES TENTADO E QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR E FURTO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORA. ESCALADA. CONFISSÃO. TENTATIVA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO PROPORCIONAL. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDUTA SOCIAL. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA DOS CRIMES DE FURTO. PENA PECUNIÁRIA. REDUÇÃO DAS PENAS.

1. Mantém-se a condenação do réu pelos crimes de furto simples tentado e qualificado, bem como o de estupro de vulnerável, quando as provas são suficientes para embasar sua condenação, ainda mais quando confessado pelo agente, sendo incabível a aplicação do princípio da insignificância.

<sup>148</sup> OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 set. 2015

<sup>149</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais.** São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p. 416

2. Impossível a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para importunação ofensiva ao pudor ou para sua modalidade tentada, quando as provas são contundentes no sentido de que o réu praticou ato libidinoso, consistente em coito anal, com menor de 14 anos.

3. **O princípio da proporcionalidade não é fundamento idôneo para excluir a tipicidade da conduta de praticar coito anal com menor de 6 anos de idade, mormente porque o legislador valorou igualmente as condutas conjunção carnal e ato libidinoso previstas no art. 217-A do Código Penal. (...) (grifo nosso)**<sup>150</sup>

Por fim, um dos objetivos do Estado para aplicação de penas é devido ao seu caráter intimidatório e preventivo, de modo que, aplicar estes princípios, vistos como minimalistas, representa ir na contramão destas funções, uma vez que não desestimula a repetição dos delitos.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.699544, 20120810072932APR. Terceira Turma Criminal. Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: JESUINO RISSATO. Brasília, 25 de julho de 2013. Publicado no DJE: 07/08/2013. Pág.: 214. Disponível em < <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> > Acesso em 10 de ago. 2015

<sup>151</sup> OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 set. 2015

## CONCLUSÃO

Esta monografia teve o objetivo de analisar a evolução do tratamento legislativo aos crimes sexuais, com enfoque no estupro e, mais especificamente no estupro de vulnerável, culminando nas modificações operadas pela Lei 12.015/2009, bem como, no exame da razoabilidade em aplicar os princípios da insignificância e da proporcionalidade. A conclusão não encerra as discussões acerca da aplicabilidade destes princípios, muito menos esgota o debate e as reflexões impostas pelas diversas correntes de pensamento que contribuam para fortalecer ou criar novas teses.

Certo é que qualquer forma de violência sempre foi muito presente na convivência em sociedade pelo ser humano; no entanto, a modalidade de crime aqui abordada, presente desde tempos remotos, sempre recebeu tratamento rigoroso e diferenciado pelos legisladores em todas as codificações: a violência sexual.

Apesar de os crimes sexuais sempre terem sido tutelados pelo ordenamento jurídico, punidos desde os primórdios e pelo Código Criminal da República, de 1890, com pena de morte, havia uma mistura entre honra e moral sexual, crime e pecado. Assim, havia forte influência religiosa no tratamento destes crimes, de modo que a tutela à moralidade social e à proteção a família se sobrepunha à proteção da própria vítima, à sua capacidade de escolha e de dispor sobre o próprio corpo.

O abuso sexual praticado contra criança não era denunciado porque, geralmente, ocorria de forma velada e o abusador ser um membro da família. Quanto à vítima mulher, além de toda humilhação e vergonha sofridas durante o abuso, ainda cabia um segundo juízo coletivo a respeito de sua honestidade, em um contexto que desestimulava as vítimas a pedir a investigação e punição do crime.

Por fim, o Governo Brasileiro veio a subscrever diversos tratados visando combater qualquer forma de exploração sexual de crianças e adolescente, como a pedofilia e a prostituição infantil. Assim, por todos estes fatores e dentro deste

cenário social foi instaurada a CPMI da Exploração Sexual de Crianças e Adolescente, de que resultou a Lei 12.015/09, que determinou a redação atual contida no Código Penal vigente.

Dentre as principais alterações trazidas pela referida lei, principalmente com enfoque no crime de estupro, destaca-se a fusão deste tipo penal com o delito de atentado violento ao pudor, o que tornou o tipo mais abrangente, uma vez que não é mais necessária a ocorrência de conjunção carnal para o seu aperfeiçoamento, sendo possível o sujeito passivo ser um homem.

Quanto às inovações visando reforçar a proteção à crianças e adolescentes, foi criada a figura do vulnerável e um capítulo inteiro para dispor sobre os crimes praticados contra eles. Cabe lembrar que, para fins de estupro são assim classificados os menores de 14 (catorze) anos ou aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato e, aqueles que, por qualquer outra causa, não puderem oferecer resistência.

Também foi alterado o título do capítulo VI do Código Penal de “do crime contra os costumes” para “dos crimes contra a dignidade sexual”. Revogou ainda, o antigo artigo 224, que dispunha sobre a presunção de violência, o que impediu prova em contrário na ocorrência deste delito, ou seja, há presunção absoluta de violência, O consentimento da vítima é irrelevante, bem como é desnecessário, inclusive, que o delito tenha sido praticado com violência ou grave ameaça. Por fim, estipulou ainda, uma pena de reclusão que varia de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Ante este cenário, diante da impossibilidade em se analisar o caso concreto e na ocorrência de atos mais leves, como apalpações e beijos lascivos, passaram os juízes a desclassificar o crime de estupro de vulnerável para as contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor, de perturbação da tranquilidade e para a infração prevista no artigo 232, do ECA, dependendo do caso.

A corrente favorável à aplicabilidade apresenta, dentre os argumentos, que a impossibilidade em se analisar cada caso por parte do judiciário ocasiona sanção desproporcional, a obrigatoriedade em se aplicar uma pena tão alta, até mesmo para

situações em que o resultado não pareceu tão gravoso, nesses casos a solução jurídica provoca injustiça.

Neste contexto, crianças e adolescentes vivem em uma sociedade sexualizada e globalizada, na qual cenas de sexo são explícitas no meios de comunicação e o acesso a informação é muito fácil e comum, de modo ser inadmissível que jovens tão conectados não consigam compreender o que venha a ser uma relação e não sejam capazes de exprimir uma opinião que possa ser levada em consideração tanto pelo suposto agressor, quanto pelo órgão julgador.

Argumenta-se ainda que crianças e adolescentes se desenvolvem em idades diferentes, tanto física como psicologicamente, principalmente, em um país de proporções continentais como o nosso, inclusive, com grandes diferenças culturais, o que não poderia ser desconsiderado na análise de cada caso. Bem como não parece razoável fechar os olhos para uma realidade nacional em que jovens se prostituem, tendo sido o combate exploração e a prostituição infantil um dos motivadores para a promulgação da Lei 12.015/09, de modo a desconsiderar a experiência sexual de uma jovem nesta condição ou tratar na mesma condição de uma vítima que era virgem, presumindo mesmo abalo psicológico para ambas a hipóteses baseado apenas na idade.

É criticada ainda, a idade de 14 (catorze) anos, uma vez que o ECA estabelece como criança, pessoa até 12 (doze) anos incompletos e adolescente, aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos, demonstrando a falta de equiparação entre os dispositivos, logo deveria ser eliminada deste cenário ou pelo menos equiparada.

Assim, apresentados os principais argumentos adotados por cada corrente, entende-se ser razoável a aplicabilidade de ambos os princípios, da proporcionalidade e da insignificância, com a consequente possibilidade de desclassificar as condutas, quando necessário. Uma vez que aumentar o nível de interpretação por parte do legislador, não necessariamente implica proteger de forma inadequada a liberdade sexual ou afrontar a dignidade da pessoa humana

É reconhecido, contudo, o abismo existente entre a sanção de um crime de estupro de vulnerável e uma contravenção, situação esta que expressa a necessidade de uma atualização no sentido de estabelecer um tipo ou uma sanção intermediária.

Finalmente, cumpre esclarecer que esta monografia não tem, e nem poderia ter, a pretensão de apresentar uma solução definitiva do problema ou esgotar todos os argumentos; somente realçar a polêmica existente e expor os fundamentos defendidos por cada corrente. Anseia-se que possa contribuir para as necessárias reflexões sobre um tema tão candente.

## REFERÊNCIAS

- BECHARA, Fábio Ramazzini. **Legislação Penal Especial - Crimes Hediondos**, abuso de autoridade, tóxicos, contravenções, tortura, porte de arma e crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Editora Saraiva, 2005
- BITTENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília, 2012
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Dizer o Direito, 2014
- FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011
- GOMES, Mariângela de Magalhães Gomes. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013
- JUNIOR, Heitor Costa. **ECA comentado: ARTIGO 232/LIVRO 2 – TEMA: Dos Crimes**. Disponível em <<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo-232livro-2---tema-dos-crimes>> Acesso em 05 de set. 2015
- MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013
- MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial** - Vol. 3, 3ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 2
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 30ª ed. São Paulo:Atlas, 2014. p.6
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p 144
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013

OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=259>> Acesso em 10 ago 2015

RODRIGUES, Júlia de Arruda; CARDOSO, Larissa Ataide et al. [O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2338, 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13908>>. Acesso em: 20 maio. 2015

SEIBEL, Susana Behenck. Princípio da insignificância penal: Uma análise do uso de valores subjetivos em sua aplicação prática, 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14642](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14642)> Acesso em 29 set. 2015

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

TASQUETTO, Lucas da Silva; SANCHES, Eduardo Jesus. **Lei no 11.106/2005**: uma análise crítica frente às alterações ao Código Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n 739, 14 julho. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/6996/lei-n-11-106-2005/1>>. Acesso em: 15 maio. 2015

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