

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA REFORMA PROMOVIDA PELA LEI  
12.015/2009<sup>1</sup>

Vicente de Paula Santos Carvalho<sup>2</sup>

SUMÁRIO: Resumo. Introdução. Definição de “vulnerável”. Inconstitucionalidade do artigo 217-A. Presunção de Violência x Afirmação de Violência. O Consentimento do Ofendido e a Maturidade da Vítima. O Erro de Tipo. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo tem como escopo constatar as mudanças na descrição da figura típica do delito de estupro de vulnerável, diante da reforma produzida pela Lei 12.015/2009. Para tanto, busca relacionar a nova ótica normativa a antiga presunção de violência contida no revogado artigo 224 do Código Penal. De igual modo, assinala os avanços estimulados pelo conceito de vulnerável, sem, contudo, deixar de tecer críticas ao desrespeito aos direitos constitucionais assegurados ao acusado, bem como a insistida inobservância legislativa aos avanços comportamentais e culturais experimentados pela sociedade atual.

Palavras-Chave: Estupro de Vulnerável. Inconstitucionalidade. Relativização da presunção.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, doutrina e jurisprudência discutiam acerca da presunção de violência contida no enunciado do revogado artigo 224, do código penal. Pela leitura do referido dispositivo penal, presumir-se-ia à violência ou a grave

---

<sup>1</sup> Artigo de Direito Penal elaborado sob a orientação da professora Fernanda Ravazzano.

<sup>2</sup> Graduando do Curso de Direito da Universidade Salvador- UNIFACS.

ameaça sempre que a vítima fosse a) menor de 14 anos; b) alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

A grande questão que inquietava o mundo jurídico-penal consistia na natureza dessa dita presunção, se absoluta ou relativa. Ao que parece, quis o legislador de 1940 (*dos crimes contra os costumes*) apresentar o caráter absoluto à proteção dessas vítimas, determinando “a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI”<sup>3</sup>.

Neste sentido, interessante anotar a definição que, à época, fora dada pelo mestre Nelson Hungria (*apud* Guilherme de Souza Nucci)<sup>4</sup> ao termo *costumes*:

Hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta matéria*, é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.

Ademais, com o passar dos anos, houve significativos avanços comportamentais, culturais, morais e éticos da sociedade. Essa evolução tornou o tratamento penal destinado à sexualidade retrógrado, irreal e obsoleto. Para tanto, inscreve-se, *ipsis litteris*, novamente o relato de Guilherme de Souza Nucci<sup>5</sup>:

Foi-se o tempo em que a mulher era vista como um símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autêntico objeto sexual do homem. Registre-se, a respeito, a opinião de Hungria acerca da mulher: ‘desgraçadamente, porém, nos dias que correm’-final dos anos 50- ‘verifica-se uma espécie de *crise* do pudor, decorrente de causa várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor [...]. Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e *charme*. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum as saias modernas, já deixa indiferente transeunte mais *tropical*, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, em regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de *modéstia* permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e *boutades* picantes, quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrúpulo com o argumento de que a mãe eva não usou folha de *parreira na boca*...

---

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. Código Penal Comentado, p.579

<sup>4</sup>NUCCI. Código Penal Comentado. 2012, p.937

<sup>5</sup>*Ibidem*, p.937

A questão alcançou maior relevo com a promulgação da constituição federal de 1988, alçando o país a condição de estado democrático de direito, na medida em que prestigiava as garantias individuais e limitava a ingerência do estado na esfera privativa do cidadão.

Não demorou muito para a doutrina começar a atacar ferozmente a constitucionalidade da norma (artigo 224, código penal) e pugnar pela relativização da violência. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci<sup>6</sup>: “muita polêmica gerou essa expressão, pois em direito penal torna-se difícil aceitar qualquer tipo de presunção contra os interesses do réu, que é inocente até sentença condenatória definitiva”.

Não é difícil constatar o flagrante desrespeito à garantia constitucional da presunção de inocência, instituído no ordenamento jurídico pátrio pela constituição federal em seu artigo 5º, inciso LVII, em perfeita sintonia ao princípio do *in dubio pro reo*.

Tratava a disposição do artigo 224, de responsabilização objetiva do ofensor, o que em direito penal é amplamente contestado.

Não foi de outro modo que as decisões dos tribunais pátrios comumente passaram a qualificar a presunção de violência como sendo de natureza relativa, devendo a agressão ao bem jurídico (liberdade sexual) da vítima ser avaliado a luz do caso concreto.

Foi então que o legislador de 2009, visando superar os incessantes debates e reafirmar a caráter absoluto da norma, por intermédio da lei 12.015, conferiu nova roupagem ao dispor sobre “os crimes contra a dignidade sexual”, superando a antiga terminologia “dos crimes contra os costumes”.

Deste modo, surgiu o artigo 217-a versando sobre o *estupro de vulnerável*. O legislador retirou a atacada expressão *presunção de violência* e fez emergir o conceito de *vulnerabilidade*.

*A priori*, essa alteração na forma típica de descrição do estupro de pessoa incapaz de consentir na relação sexual foi positiva, entretanto logo se constata

---

<sup>6</sup>NUCCI. Código Penal Comentado. 2012, p.966

que não foi suficiente para suprimir os acalorados debates a respeito da natureza da presunção (agora sob o prisma da vulnerabilidade da vítima).

Sobretudo nos casos envolvendo adolescentes de 12 ou 13 anos, a doutrina continuou a defender a interpretação restritiva da norma. Sustentando que o legislador permaneceu alheio as transformações sociais, continuou a doutrina a contestar a constitucionalidade do dispositivo, tendo em vista que- além de ferir o estado de inocência do acusado- não atende ao princípio da *adequação social* como corolário do binômio proporcionalidade- adequação.

Outrossim, não deixa de existir uma certa presunção, considerando-se que, “baseado em certas probabilidades, supõe-se algo”<sup>7</sup>.

Com a nova redação do artigo 217-a, independe se a relação se deu (ou não) mediante violência ou grave ameaça, vedando a lei qualquer prática sexual mantida com menores de 14 anos (*CAPUT*), enfermo ou deficiente mental (primeira parte do §1<sup>a</sup>) ou com quem não com quem não possa oferecer resistência (última parte do §1<sup>o</sup>).

Perdeu, inclusive, o legislador a oportunidade de equiparar os conceitos ao estatuto da criança e do adolescente, que define criança como aqueles que tenham até 12 anos e adolescentes os compreendidos entre 12 e 18 anos.

Ao que parece, o mais sensato é que haja uma relativização da vulnerabilidade a luz do caso concreto, nada obstante a norma permitir decisões arbitrárias, contrárias ao ideal de justiça.

O que se deve ter em mente é que os jovens de 12 ou 13 anos, fortemente influenciados pelo acesso irrestrito aos meios de comunicação, passaram a ter um conhecimento das coisas do sexo de maneira precoce.

Aos que possuem até 12 anos, justifica-se a natureza absoluta da norma, tendo em vista que, no mínimo, um eventual consentimento estaria viciado pela supremacia física ou mental do ofensor, além de defender esses menores impúberes das garras dos pedófilos.

Constantemente é veiculado na mídia situações em que meninas dispõem de seu próprio corpo em troca de dinheiro, muitas vezes com a ciência dos pais.

---

<sup>7</sup>NUCCI. Código Penal Comentado. 2012, p.966.

Mais, os jovens de hoje já não apresentam a mesma conformação física de outrora. Essa nova realidade faz com que cada vez mais cedo os jovens experimentem da puberdade. Dentro dessa nova realidade, parece insustentável admitir uma política criminal que desconsidera os fenômenos culturais e sociais de uma sociedade atual.

Estar-se-á a inverter a ótica do ordenamento jurídico, tentando proteger a liberdade sexual de jovens de maneira desmedida (e por vezes indesejadas). As liberdades individuais devem ser observadas, respeitando, pois, garantias fundamentais do cidadão, tais como a igualdade e a dignidade humana. Neste cenário, mostra-se razoável permitir que jovens com 12 ou 13 anos, capazes de discernir voluntariamente com o ato sexual, mantenham relações sexuais, seja de forma breve ou afetiva.

Do mesmo modo, deve o direito, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana, assegurar aqueles que possuem incapacidade mental, desde que de forma incompleta, o direito a uma vida sexual sadia. Além disso, quando da incapacidade em oferecer resistência, existem situações tais em que a vítima se coloca livremente em posição de vulnerabilidade, não sendo razoável retirar a liberdade de alguém que, sem intenções delituosas, com ela se relacione sexualmente.

Portanto, parece plausível conceder ao magistrado realizar um juízo valorativo no caso concreto, ponderando interesses e proferindo decisões mais justas e que atendam aos verdadeiros anseios de uma sociedade harmônica,

## 2 DEFINIÇÃO DE "VULNERÁVEL"

O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa define vulnerável como aquele que se encontra "do lado fraco de um assunto ou de uma questão; ou do ponto pela qual alguém pode ser atacado ou ferido"<sup>8</sup>. Portanto, qualquer pessoa, levando-se em consideração determinadas situações e circunstâncias tais, pode se encontrar suscetível, propenso, enfraquecido, em perfeita

---

<sup>8</sup>FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2.ed. revista e ampliada, 31ª impressão, Nova Fronteira, p.1792.

situação de vulnerabilidade. Contudo, não é dessa vulnerabilidade circunstancial que quis tratar o legislador. Em notas preliminares, brilhantemente elucida o mestre Cezar Roberto Bitencourt:

Mas não é dessa *vulnerabilidade* eventual, puramente circunstancial, que este dispositivo penal trata. Observando-se as hipóteses mencionadas como caracterizadoras da *condição de vulnerabilidade*, concluiremos, sem maiores dificuldades, que o legislador optou por incluir, nessa classificação, pessoas que são absolutamente inimputáveis (embora não todas), quais sejam *menores de quatorze anos*, ou alguém que, por *enfermidade ou deficiência mental*, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer *outra causa*, não pode oferecer resistência.

Essa inovação trazida pela Lei 12.015/2009, titulando os crimes sexuais contra vulneráveis, pretendeu suprimir a questionada denominação a respeito da *presunção de violência*, assim como sua classificação diante de situações fáticas. Entendia o revogado artigo 224, do Código Penal, que as vítimas, enumeradas em suas respectivas alíneas, “não possuíam consentimento válido para ter qualquer tipo de relacionamento sexual”<sup>9</sup>, seja a conjunção carnal ou outro ato diverso (ato libidinoso), como bem relata Guilherme de Souza Nucci. Continuando a explanação, segue o ilustre autor:

A partir dessa premissa, estabeleceu o legislador a chamada *presunção de violência*, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato. [...] Muita polêmica gerou essa expressão, pois em Direito Penal torna-se difícil aceitar qualquer tipo de *presunção contra* os interesses do réu, que é inocente até sentença condenatória definitiva. Por isso, a mudança na terminologia configura-se adequada. Emerge o estado de vulnerabilidade e desaparece qualquer tipo de *presunção*<sup>10</sup>.

Destarte, com a vigência da Lei 12.015 de 2009, e o conseqüente imperativo do artigo 217-A, é indiferente saber se a relação sexual se deu mediante violência ou não, tornando inviável a prática sexual sustentada com tais vítimas. Nesse sentido, importante destacar, parcialmente, a Justificação ao projeto resultante na edição da Lei 12.015/2009, ao sabor do artigo 217-A:

Que tipifica o estupro de vulneráveis substitui o atual regime de *presunção de violência* contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a *presunção de violência* de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência

<sup>9</sup>NUCCI. Código Penal Comentado.2012, p.966.

<sup>10</sup>*Idem*, p.966.

mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Veja que a intenção do legislador não foi outra senão reafirmar o caráter objetivo do tipo penal, inserindo, ainda que, de forma tácita, a coação psicológica na figura típica do artigo 217-A. Para não restar dúvida, pertinente o magistério de Damásio de Jesus:

O escopo da mudança foi o de impedir a subsistência do entendimento, segundo o qual a realização de atos sexuais voluntário com adolescentes menores de 14 anos, pudesse ser considerada atípica, por ser relativa a presunção de violência em tais casos<sup>11</sup>.

Parece, entretanto, que o legislador penal ignorou a necessidade de adequar as normas de conduta à realidade social do seu tempo. Diante disso, imaginar que inexistente a possibilidade de alguém com 12 ou 13 anos poder livremente anuir com a relação sexual, denota nítido desconhecimento das transformações experimentadas pela sociedade a qual deve regular. Como brilhantemente anota Guilherme de Souza Nucci, pela “simples inovação da redação do tipo, não há força suficiente para *alterar a realidade*”<sup>12</sup>.

Atento aos comportamentos de sua época, o Projeto de Reforma do Novo Código Penal utiliza do critério adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para estabelecer o requisito etário de 12 anos. Ademais, em se tratando de enfermidade ou doença mental, é de suma importância registrar o entendimento de Nelson Hungria<sup>13</sup> *apud* Rogério Sanches Cunha que defende a necessidade em verificar a qualidade de vulnerabilidade da vítima, devendo esta ser ao menos aparente, permitindo o reconhecimento por qualquer leigo em psiquiatria.

Faz-se necessário, também, saber que o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual, seja a do menor de 14 anos, seja a do enfermo ou deficiente mental que apresente complicação em discernir a eventual relação sexual. Há autores que defendem a liberdade sexual como bem jurídico imediatamente tutelado, a exemplo dos já mencionados Guilherme de Souza Nucci e Rogério Greco, este

---

<sup>11</sup>JESUS, Damásio de. *Direito penal*. Parte Especial, 20.ed. Saraiva, 2011, p.156.

<sup>12</sup>NUCCI. *Op.cit.*, p.967

<sup>13</sup>CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Revista dos Tribunais, 2009, p.51.

registrando, ainda, a necessidade de preservação do desenvolvimento sexual do vulnerável.

Em posição minoritária, cite-se Cezar Roberto Bitencourt, 2010:

Na realidade, na hipótese de *crime sexual contra vulnerável*, não se pode falar em *liberdade sexual* como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua *vulnerabilidade*.<sup>14</sup>

Com a alteração legislativa promovida pela Lei 12.015/2009, restou revogado, também, o crime de “atentado violento ao pudor” (artigo 214, do Código Penal), subsumindo-se a conjunção carnal e o ato libidinoso diverso no mesmo tipo penal, qual seja o de *estupro*. Diante dessa nova realidade normativa, a concepção de *vulnerável* acabou por ampliar as possibilidades de vítimas do delito do artigo 217-A, uma vez que independe do gênero.

### 3 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 217-A

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, ao proteger os direitos e as garantias fundamentais, determina no inciso XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se, pois, do princípio corolário da legalidade. Na didática lição do professor Cezar Roberto Bitencourt, tem-se que:

A elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente<sup>15</sup>.

Para tanto, faz-se necessário que a lei seja precisa ao definir a conduta proibitiva, sendo inadmissíveis e intoleráveis “expressões vagas, equivocadas ou ambíguas”.

Não se pode desconhecer, todavia, a existência de termos empregados pelo legislador que possibilitam uma gama de interpretações, o que demonstra que a ciência jurídica aceita certa “indeterminação” no que concerne a acepção de determinado vocábulo. Essa aceitação deve ocorrer de forma a permitir a

---

<sup>14</sup>BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 4, p.93.

<sup>15</sup>*Ibidem*. Parte Geral 1, 13.ed., Saraiva, p.11.



complementação valorativa de conceitos, sem que haja afetação ao princípio da divisão dos poderes e a segurança jurídica. O cidadão deve estar protegido de eventual arbitrariedade decorrente do direito de punir do Estado (*ius puniendi*), assentado em uma norma indeterminada ou imprecisa.

Pelo princípio da ponderação, restará legítimo a complementação valorativa dos conceitos quando respaldado na necessidade de fazê-lo, tendo por finalidade atingir uma justa solução do caso concreto. Existirá, nesses casos, uma prevalência em detrimento aos interesses da segurança jurídica.

Dentro dessa ótica, parece significativo o avanço conduzido pela Lei 12.015/2009 ao dispor sobre o estupro de vulnerável como tipo penal autônomo, uma vez que substituiu, oportunamente, a expressão presunção de violência, compreendida na redação do revogado artigo 224 do Código Penal. Ao menos nesse sentido, “a alteração da forma típica de descrição do estupro de pessoa incapaz de consentir na relação sexual foi positiva”<sup>16</sup>.

Ao citar o termo presunção de violência, o artigo 224 inquietava a doutrina e a jurisprudência na medida em que operava, flagrantemente, contra os interesses do réu. A Carta Política pátria prevê no inciso LVII, artigo 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, dispositivo este, essencial para a formação do Estado de Direito, que consagra o estado de inocência. Nas palavras de Nestor Távora, “somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta acusação”<sup>17</sup>.

Entende-se que o réu possui a prerrogativa da absolvição quando não houver elementos suficientes que comprovem a autoria e a materialidade do crime, alinhando-se ao princípio do *in dubio pro reo*. Sob a égide de uma política criminal voltada a proteção da dignidade sexual do incapaz, considerando que esses não possuem capacidade de discernimento suficiente para consentir com a prática sexual, o legislador optou por concluir que aquele ato teria sido presumivelmente danoso, sendo bastante para privar o suposto agressor da sua liberdade.

---

<sup>16</sup>NUCCI. *Código Penal Comentado*. 2012, p.966/967.

<sup>17</sup>TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 5.ed. 2011, Jus Podivm, p.53.

Mediante uma análise mais acurada, não é difícil constatar que o artigo 217- A acaba por reproduzir o disposto no artigo 224, embora tenha retirado da descrição formal do tipo a presunção de violência. Essa nova roupagem produzida pela alteração legislativa de 2009, não aparenta ter sido satisfatória a ponto de assegurar que essa dita vulnerabilidade seja considerada absoluta.

Há uma interpretação contemporânea do inciso LVII, artigo 5º, da Carta Suprema, de que, em verdade, se trata do princípio da não-culpabilidade, haja vista ser o processo judicial instrumento legitimador da pretensão punitiva estatal. Aqueles que estimam desse pensamento, argumentam que não se pode presumir-se inocente o delinquente contra o qual foi instaurada uma ação penal pautada em um conjunto probatório mínimo, podendo presumir-se apenas a sua não-culpabilidade, até sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nesse diapasão, afirma Simone Schreiber que:

Só se poderia admitir a presunção de inocência do delinquente ocasional que houvesse negado a prática do crime, e mesmo assim enquanto não se reunisse a prova indiciária contra ele, para depois concluir que “a própria instauração do processo criminal autorizava que se presumisse a culpa do imputado, e não a sua inocência”.<sup>18</sup>

Permanece, porém, na maior parte da doutrina, a compreensão de que a redação do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, representa uma sensível limitação ao poder punitivo do Estado. Consagra-se, então, a *presunção de inocência* como “a proteção dos inocentes em face da pretensão punitiva estatal”<sup>19</sup>.

É importante notar que o *status* concedido ao Princípio da Presunção de Inocência, mesmo diante da atacada impropriedade técnica contida no enunciado do respectivo dispositivo constitucional, é fruto da superação de um governo de cunho autoritário e inquisitório, pugnando pelas garantias sociais e pelas liberdades individuais. Tem-se, pois, na conclusiva lição de Nestor

---

<sup>18</sup>Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7198/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 23 out.2012.

<sup>19</sup>SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Princípios penais constitucionais, Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal*. Jus Podivm, 2007, p.183.

Távora, que “todo o processo deve se desenvolver sob o manto da presunção de inocência”<sup>20</sup>

A mudança na descrição típica apresentada no artigo 217-A não acompanha as transformações comportamentais da sociedade brasileira, sobretudo ao clamar por uma presunção, disfarçada por um conceito de *vulnerabilidade*, punindo práticas que podem ser apropriadamente consentida, quando travadas com quem possua 12 ou 13 anos. Parecia oportuno, inclusive, que a reforma legislativa de 2009, ao versar sobre os “crimes contra a dignidade sexual”, uniformizasse conceitos ao trazer para o Código Penal o critério biológico abrangido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, definindo como criança a “pessoa até doze anos de idade incompletos”, sendo adolescente àqueles compreendidos entre 14 e 18 anos de idade. Ao menos nesse ponto, se mostra atento o Projeto de Reforma do Novo Código Penal, como já mencionado em tópico anterior.

Utiliza o legislador de uma política criminal baseada numa análise retrógrada da sociedade, possibilitando a punição de relações idôneas e dotadas de reciprocidade. Presumir-se, em caráter absoluto, que a liberdade sexual daquele que possua de 12 a 14 incompletos tenha sido ferida, é admitir o distanciamento entre a realidade legal e a realidade fática. Perde, então, o Direito, enquanto ciência, todo o sentido, na medida em que veda comportamentos socialmente admitidos.

Percebe-se que a adequação no Direito Penal encontra-se justificada pela identidade entre as medidas penais e os fins pretendidos. No lúcido magistério do professor Sebástian Borges de Albuquerque Mello, *in verbis*:

Com efeito, uma conduta, ainda que formalmente subsumida ao tipo legal de crime, não será criminosa se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada, justamente porque a intervenção penal não se presta a atingir o fim de proteção ao bem jurídico<sup>21</sup>.

É essa a inteligência que se extrai do princípio da *adequação social* como resultante do binômio proporcionalidade/adequação. Não se pode olvidar que o

---

<sup>20</sup>SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Princípios penais constitucionais, Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal*. Jus Podivm, 2007, p.183.

<sup>21</sup>*Ibidem*.p.212.

Direito Penal é a *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos, sob pena de incentivar as mais absurdas e arbitrárias decisões.

Se há um consentimento justificado pela capacidade de discernir com a prática sexual, aliado a genuína satisfação do desejo, porquanto ausente a violência ou a grave ameaça, não há que se falar em *desvalor do resultado*, uma vez que não houve efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, não moldando-se a *tipicidade material*. Perceba a razoabilidade em admitir que o menor de 12 ou 13 anos que possui entendimento satisfatório da vida sexual, bem como os portadores de transtornos mentais, diante da comprovação de laudo técnico, possam dispor de sua liberdade sexual na essencial procura do prazer e da felicidade, seja de forma breve ou fruto de uma relação afetiva.

O artigo 217-A afronta o princípio constitucional da Proporcionalidade, resultante da garantia fundamental ao Devido Processo Legal (inciso LIV, artigo 5º, da Carta Maior), ao retirar daqueles sujeitos o direito de definir o instante e a condição de sua iniciação sexual<sup>22</sup>. Parece preocupado o legislador em “proteger” sobremaneira a dignidade sexual dos chamados vulneráveis, que ao invés de trazer à baila uma definição legal condizente com a realidade e a própria legislação constitucional, preferiu atuar como um usurpado médico, limitando o prazer da lascívia humana, daqueles portadores de insuficiente discernimento, como se tal prazer não figurasse no conjunto de vontades e anseios destes.

Outrossim, se for admitida a qualidade absoluta da condição de vulnerabilidade, impossibilitando a produção de prova em sentido contrário, estar-se-á a permitir uma reprovação penal objetiva da conduta do agressor. Isto posto, não há sequer que se falar em *suposto* agressor, tendo em vista que sua culpabilidade é precocemente presumida.

Proibir, de forma genérica, as relações sexuais, estendendo a proteção integral a adolescentes de 12 ou 13 anos que possuam a orientação necessária para decidir livremente sobre o comportamento sexual adequado, parece ir de

---

<sup>22</sup>Este é o entendimento apresentado na fundamentação de sentença, de autos não especificados, que parece mais acertado, corroborando com os interesses desta monografia. Disponível em: <[http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4843&Itemid=324](http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=4843&Itemid=324)>. Acesso em: 24 out.2012.

encontro à garantia fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) – pilar de todos os outros princípios, desrespeitando os direitos de igualdade e liberdade. Nesse mesmo sentido, se mostra inócua a proibição disposta no parágrafo 1º, do artigo 217-A, do Código Penal, quando tratar-se de incapacidade mental ou física incompleta.

#### 4 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA X AFIRMAÇÃO DA VIOLÊNCIA

A lei 12.015/2009 revogou, dentre outros, o artigo 224 do Código Penal, que tinha por designo a presunção de violência, classificando-a diante dos casos concretos<sup>23</sup>. A discussão acerca da presunção de violência nas relações sexuais envolvendo, sobretudo, menores de 14 anos despertava árduos debates entre a doutrina e a jurisprudência. Ao que parece, quis o legislador de 1940 apresentar à presunção de violência o caráter absoluto (*iureset de iure*), na medida em que impôs marco etário a proteção de crianças e adolescente abrangidas pela alínea “a” do artigo 224<sup>24</sup>. Na esteira desse posicionamento, argumentava-se que a imposição do critério biológico representava a natureza objetiva do dispositivo.

Tratava-se, pois, de política criminal adotada pelo legislador, ante a alegação de proteção do desenvolvimento sexual desses menores. Seguindo essa ótica, interessante o registro da reflexão de Rogério Greco<sup>25</sup>:

Não conseguiam entender, *permissiva venia*, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.

As normas codificadas no código de 40 representavam os anseios de uma sociedade, o genuíno comportamento sexual dos menores de 14 anos, bem como o relacionamento com o meio social e sua família. Embora trazendo essa

---

<sup>23</sup>Em consonância a finalidade do presente trabalho, analisaremos a presunção de violência tendo em vista apenas o crime de estupro de vulnerável.

<sup>24</sup>Art. 224: Presume-se a violência, se a vítima: “a. Não é maior de 14 (quatorze) anos”.

<sup>25</sup>GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*, p.614.

concepção de presunção de violência, mesmo que desde sempre equivocada, era mais facilmente justificada diante das restrições aos meios de informação, e, por isso, ter-se por insuficiente seu desenvolvimento de decidir sobre os atos da sua vida sexual.

Ocorre que nos dias atuais, tal afirmativa não mais pode ser admitida de forma absoluta, eis que presente as transformações sociais, as peculiaridades culturais, além da vertiginosa e dinâmica possibilidade de acesso aos meios de informação e comunicação. Admitir, exclusivamente, o dado dito objetivo – o fator etário – para configurar o injusto da conduta do acusado, é ferir largamente princípios já cristalizados no ordenamento jurídico pátrio - quais sejam da dignidade da pessoa humana, a liberdade de dispor sobre o próprio corpo - bem como ignorar condutas socialmente reconhecidas.

Contrários a esse entendimento de proteção do desenvolvimento sexual desses menores, notáveis doutrinadores - a exemplo de Guilherme de Souza Nucci<sup>26</sup> e Cezar Roberto Bitencourt<sup>27</sup>-, respaldados em decisões cada vez mais recorrentes dos Tribunais, defendiam a tese da natureza relativa (*juris tantum*) da presunção de violência. Alçando o Direito à condição de instrumento regulador das relações sociais do seu tempo, sustentavam que a presunção contida no suprimido artigo deveria estar assentada a luz do caso concreto.

Não foi outra a interpretação aos autos dada pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, em julgado da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (cujo número da ação penal não pode ser identificado), ao reanalisar a acusação de ter o réu praticado estupro contra três menores de 14 anos (a data dos fatos, as meninas possuíam 12 anos). Em lúcida percepção, a relatora afirmou que não houve violação a liberdade sexual das menores, tendo em

---

<sup>26</sup>Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200400366665>>. Acesso em: 11 out.2012.

<sup>27</sup>Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=jurisprud%EAncia+estupro+de+vulner%E1vel&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=jurisprud%EAncia+estupro+de+vulner%E1vel&b=ACOR)>. Acesso em: 11 out.2012.

vista a habitual prostituição que as envolviam. Ao certificar a decisão do magistrado e do Tribunal de Justiça local, a nobre Ministra dispôs<sup>28</sup>:

Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado [...] o direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais.

A *presunção de violência*, presente do artigo 224, abrangia, ainda, a vítima que “b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância” ou àquela que “c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Na lição do professor Fernando Capez<sup>29</sup>,

É necessário que a vítima seja alienada ou débil mental, a ponto de ter inteiramente abolida sua capacidade de entendimento ou de governa-se de acordo com essa compreensão, sendo necessário que o agente conheça essa circunstância.

Seguindo essa linha de raciocínio, acrescenta o mestre Cezar Roberto Bitencourt<sup>30</sup>:

Essa consciência determina que este crime exige dolo direto, sendo insuficiente a simples dúvida sobre o estado da vítima. A enfermidade mental deve ser, para tanto, comprovada por meio de prova pericial. Já a última previsão da norma cuidada (alínea “c” do artigo 224) contemplava inúmeras hipóteses, tais como a embriaguez completa, a deficiência física, a hipnose, o uso de entorpecentes etc. São hipóteses alastradas na impossibilidade da vítima em oferecer resistência “por qualquer outra causa”..

Portanto, ante esse breve estudo a respeito da presunção de violência- contida no revogado artigo 224 do Código Penal-, indispensável finalizar trazendo a sempre sábia instrução do Douto Guilherme de Souza Nucci<sup>31</sup>:

O fulcro da questão era, simplesmente, demonstrar que tais vítimas (enumeradas nas alíneas *a*, *b* e *c*) não possuíam consentimento válido para ter qualquer tipo de relacionamento sexual (conjunção carnal ou outro ato libidinoso). A partir dessa premissa, estabeleceu o legislador a chamada *presunção de violência*, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato. Logo, a conduta do agente teria sido violenta, ainda que de forma indireta.

<sup>28</sup>Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/04/09/estupro-adolescente-de-12-anos-presuncao-relativa-da-violencia-criticas-ao-populismo-penal/>>. Acesso em: 03 out.2012.

<sup>29</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p.74.

<sup>30</sup>BITENCOURT, Cezar R. *Código Penal Comentado*. 5.ed. atualizada, Saraiva, 2009, p.826.

<sup>31</sup>NUCCI. *Código Penal Comentado*. 2012, p.966.

Diante desse cenário de controvérsias, o legislador, por intermédio da Lei 12.015/2009, quis apresentar uma nova perspectiva à proteção dos menores de 14 anos, aos deficientes mentais ou aqueles que não se encontram aptos, por qualquer outra razão, para oferecer resistência, alçando-os a condição de vulnerável<sup>32</sup>. Essa capitulação *dos crimes sexuais contra vulnerável* reafirma, sobremaneira, o desejo do legislador em procurar “proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual”<sup>33</sup>.

Realizando uma rápida leitura no enunciado do novo e imediato artigo 217-A<sup>34</sup>, de pronto, percebe-se a reunião da conjunção carnal e de outro ato libidinoso diverso, quando praticados, isolado ou conjuntamente, com menor de catorze anos, em um único tipo penal, qual seja o *estupro de vulnerável*. Essa mudança, importante o registro, alarga as possibilidades de participação de sujeitos no tipo penal em comento, na medida em que torna o crime comum.

Diferentemente do disposto no abolido artigo 224 que previa apenas a figura do estupro mediante a conjunção carnal - o que admitia somente uma relação heterossexual -, sendo *a* (portanto, menina) menor de 14 anos o sujeito passivo da relação sexual, enquanto o sujeito ativo do crime se consubstanciava na figura masculina (podendo uma mulher ser coautora, nos termos dos artigos 29 e 30 do Código Penal 19), a conjuntura do artigo 217-A tem caráter ampliativo, de modo que permite a prática da conduta “por qualquer pessoa, homens e mulheres, independente de sua idade, opção sexual ou qualquer outra circunstância”<sup>35</sup>. Logo, extrai-se que o sujeito passivo deve ser pessoa *menor de 14 anos*, qualquer que seja o gênero.

Prosseguindo a inspeção do dispositivo, acaba-se por notar que a inclusão da prática de *outro ato libidinoso* implica na absorção da figura do atentado violento ao pudor ao crime de estupro, restando revogado o artigo 214 do Código Penal. Por fim, o artigo 217-A aumentou a pena mínima de 6 para 8 anos e a máxima de 10 para 15 anos de reclusão.

---

<sup>32</sup>Ler item 3.1 do presente trabalho.

<sup>33</sup>BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 4, p.93.

<sup>34</sup>Transcrever caput do art 217-A.

<sup>35</sup>FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Livraria do Advogado, 2010, p.88.



O desenho desse novo quadro normativo retrata não só a tentativa do legislador de superar a presunção relativa da violência, como acaba aumentando, indiretamente, os prognósticos dos comportamentos vedados, vez que, como já dito, o que antes era tido como atentado violento ao pudor, hoje está inserido ao tipo estupro; o que antes somente admitia como sujeito ativo o homem, hoje permite a figura do sexo feminino, o mesmo ocorrendo para o sujeito passivo, embora menor de 14 anos.

Diante dessa rápida apreciação do artigo 217-A, algumas perguntas tornam-se inevitáveis: A introdução desse conceito de vulnerabilidade pela Lei 12.015/2009, retirando a referência à presunção de violência, teria sido suficiente para suplantar os questionamentos a respeito da natureza objetiva da norma? Essa dita vulnerabilidade será, por essência, absoluta? Não parece prudente adotar desmedida conclusão.

Ainda que tenha ocorrido significativa mudança no esboço do quadro típico do estupro de sujeito incapaz de anuir no envolvimento sexual, o legislador desconsiderou as transformações sociais ao sustentar uma realidade ultrapassada. Há de se considerar as influências midiáticas nos comportamentos de jovens, que, diante do acesso vertiginoso e irrestrito a internet, a música, a televisão, etc., têm se municiado de materiais com conteúdo erótico, por vezes pornográfico.

As redes sociais permitem a aproximação das pessoas, oferecendo a oportunidade da troca de experiências, saciando as curiosidades e alimentando os desejos. Até a maneira de se vestir, de dançar, de falar tem estado contaminada pela sensualidade própria de uma geração atual. Além da ingerência dos fatores externos, as pessoas experimentam os efeitos da puberdade cada vez mais cedo. Diante desse cenário, não é difícil constatar que o jovem adquire um amadurecimento sexual precoce, o que evidencia a sua iniciação sexual tão logo.

Por outro lado, o Direito deve limitar as liberdades individuais, freando os excessos comportamentais, na ânsia de garantir uma sociedade mais harmônica, ética e moralmente. Considerando-se os interesses contrapostos, parece coerente defender a natureza absoluta do imperativo contido no artigo

217-A quando se tratar de menor de 12 anos, acolhendo a definição de criança existente no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse entendimento justifica-se como meio de proteção integral dessas vítimas face às perversões sexuais próprias da *pedofilia*. Em se tratando de menor impúbere (têm-se compreendido como menores de 12 anos), o caráter objetivo da norma justifica-se pela essencial proteção do desenvolvimento sexual dessas vítimas, tendo em vista que um eventual consentimento encontra-se, no mínimo, viciado pela atuação repugnante do agressor, seja pela sua supremacia física, seja pelo domínio psicológico.

Assim sendo, mostra-se salutar a ponderação dos interesses contrapostos a luz do caso concreto, mediante investigação acurada da realidade comportamental da suposta vítima, que no momento do crime possuía 12 ou 13 anos (artigo 4º, Código Penal). Outrossim, a relativização da vulnerabilidade deve abranger os enfermos ou doentes mentais que, quando possível, possuem o direito de exercitar uma vida sexual saudável, ideia respaldada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar que referidos ditos vulneráveis, como assevera Guilherme de Souza Nucci, “sentem necessidade e desejo e podem manter relacionamentos estáveis, inclusive, conforme o caso”<sup>36</sup>. Nos mesmos moldes, deve ser ponderado pelo magistrado, no caso concreto, a sua incapacidade de oferecer resistência. É o caso típico da pessoa que, voluntariamente, coloca-se na situação de embriaguez sabendo dos riscos envolvidos e, depois de sucedido algum ato libidinoso, alega ter sido vítima de estupro. Em todas essas situações, o estado de vulnerabilidade da suposta vítima deve ser relativizado, concebendo o magistrado prova em sentido contrário.

Pelo exposto, verifica-se que embora a Lei nº 12.015/2009 retire a obsoleta ideia de presunção de violência do Código Penal – permitindo concluir que quando configurada uma relação sexual não necessariamente estar-se-á diante de violência ou grave ameaça -, pecou quando ao inserir o vocábulo vulnerável ao tipo do art. 217-A generaliza a presunção de culpabilidade, uma vez que afronta diretamente o princípio constitucional da presunção de inocência,

---

<sup>36</sup>NUCCI. *Código Penal Comentado*. 2012, p.971.

inadmitindo, inclusive, que pessoas entre 12 a 14 anos possam, livremente, manifestarem seus desejos e vontades.

Para que afaste decisões dissonantes à realidade fática, bem como a aplicação de preceitos retrógrados dotados de injustiça, faz-se necessário um estudo não só da letra da lei, como também um estudo da realidade social, adequando a letra da lei ao caso concreto, vislumbrando, inclusive, a possibilidade de relativizar se houve, de fato, a prática do crime, quando levado em conta somente o fator etário. Melhor seria se houvesse uma adequação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, como quer o Projeto do Novo Código Penal, de modo que o magistrado entendesse por absoluto o estado de vulnerabilidade dos menores de 12 anos e, no mesmo entender, aos que comprovadamente tivessem desenvolvimento mental incompleto.

Presumir a culpabilidade como absoluta é, não só, condenar injustamente e sem qualquer meio de defesa o suposto agressor, como também condenar determinada classe “diferenciada” da sociedade – os menores de 12 a 14 anos e doentes mentais – a usar de sua liberdade sobre seu corpo para satisfazer um dos mais antigos prazeres: o da carne.

#### 4.1 O consentimento do ofendido e a maturidade da vítima

Tão logo, indispensável a lição do professor Luiz Regis Prado<sup>37</sup>: “O consentimento do sujeito passivo pode excluir a tipicidade da ação ou da omissão, quando requisito intrínseco ao tipo legal, ou, eventualmente, quando externo a ele, elidir a ilicitude da conduta.” Mediante análise da anotada explanação, se percebe que o consentimento do ofendido pode ser estudado sob dois prismas, quais sejam: 1) da tipicidade e 2) da ilicitude.

No primeiro caso, o consentimento do ofendido atua como causa excludente da tipicidade, notadamente quando o desenho típico da conduta apresenta o assentimento da vítima como elemento específico do tipo. Deste modo, o fato será, em regra, considerado atípico, diante da aquiescência do titular do bem

---

<sup>37</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V.I, Parte Geral, 8.ed. ver., atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.358.

jurídico tutelado. Para tanto, se mostra necessário que o sujeito passivo da relação tenha anuído de modo consciente e livre, anterior ou concomitantemente à concretização da ação ou omissão.

Por outro lado, pode o consentimento do ofendido funcionar como causa excludente da ilicitude. Nota-se que a ilicitude (ou como comumente denominado pela doutrina de antijuridicidade) só pode ser analisada depois de realizado o juízo de tipicidade do fato. Se, já num primeiro momento, concluir pela atipicidade da conduta, não há, sequer, que suscitar a ilicitude, a despeito da inexistência do delito. Portanto, funciona este consentimento, nas palavras de Luiz Regis Prado<sup>38</sup>, como causa de justificação, merecendo registro:

O fundamento dessa causa justificante reside no princípio da ponderação de valores: isso se verifica quando 'o Direito concede preferência ao valor da liberdade de atuação da vontade frente ao desvalor da ação e do resultado da agressão ou lesão ao bem jurídico'. Essa espécie é essencialmente uma 'renúncia à proteção jurídica'.

Para tanto, faz-se necessário que o bem jurídico tutelado seja disponível, sendo seu titular capaz de anuir. Esse consentimento deve, ainda, ser anterior a atuação do agente, bem como livre de vício substancial de vontade, como fraude e coação. Ademais, observa-se que não se exige idade mínima do ofendido, o que demonstra que essa percepção advém da maturidade de entendimento das coisas do sexo e da capacidade de definir-se diante da relação.

Parece, pois, razoável, admitir que aquele que possui 12 ou 13 anos ou que tenha incapacidade física ou mental incompleta possa consentir com o ato sexual, desde que o agente não se utilize da coação física ou psicológica, assim como de fraude, o que deve ser verificado no caso concreto. O agente deve, então, ter conhecimento do consenso para poder atuar de modo a afastar, dessa forma, a ilicitude do fato.

#### 4.2 O erro de tipo

---

<sup>38</sup>Ibidem, p.359.

O *tipo* constitui a união dos elementos que compõem o crime. Na lição de Damásio de Jesus, o tipo representa “o ponto de partida de toda construção jurídico-penal objetiva ou subjetiva”<sup>39</sup>. Decorre do *princípio da fragmentariedade* do Direito Penal, tendo por base “uma construção tipológica individualizadora de condutas que considera gravemente lesiva de determinados bens jurídicos que devem ser tutelados”<sup>40</sup>.

Trata-se de um modelo abstrato, fruto da imaginação do legislador ao descrever legalmente as ações que aprecia, em tese, como delitivas. Usando do ensinamento de Wezel *apud* Bitencourt, “o tipo tem a função de descrever de forma objetiva a execução de uma ação proibida”. Portanto, determinada conduta reveste-se de *tipicidade*, quando houver uma *adequação típica* (subsunção do fato a norma). É o que doutrinariamente se denomina de *juízo de tipicidade*.

O tipo possui, por essência, a finalidade de reconhecer o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. É formado por três elementos estruturantes, a saber: 1) Elementos objetivos do tipo: Também chamados de descritivos, são aqueles cuja compreensão depende da simples atividade cognitiva. Estando ligados à materialidade da transgressão penal, são normalmente compostos por um verbo nuclear do tipo. No caso específico do *estupro de vulnerável*, representados pelos verbos *ter* ou *praticar*; 2) Elementos normativos do tipo: São aqueles cuja compreensão necessita da realização de uma atividade valorativa. Na definição de Damásio de Jesus, “cuida-se de pressupostos do injusto típico que podem ser determinados tão só mediante juízo de valor da situação de fato”<sup>41</sup>; 3) Elementos subjetivos do tipo: Em síntese, refere-se ao estado anímico do agente, condicionando a tipicidade do fato. Tem-se o dolo como elemento subjetivo geral.

Feito esse breve estudo do tipo, passar-se-á a abordar o *erro de tipo*, relacionando-o ao artigo 217-A. Na lição de Luiz Flávio Gomes, tem-se que o *erro* é:

---

<sup>39</sup>ESUS, Damásio de. *Direito penal*. Parte Geral, 32.ed. Saraiva, 2011, p.309.

<sup>40</sup>BINTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, 13.ed. Saraiva, , 2008, p.258.

<sup>41</sup>*Apud* BINTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, 13.ed. Saraiva, 2008, p.260.

A falsa representação da realidade ou o falso ou equivocado conhecimento de um objeto (estado positivo). Conceitualmente, o erro difere da ignorância: esta é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (estado negativo). (*apud*<sup>42</sup>).

Contudo, penalmente, o *erro* e a ignorância possuem os mesmos efeitos. Encontra definição no *caput* do artigo 20, do Código Penal, *ipsis litteris*: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”. Na feliz definição do mestre Eugenio Raúl Zaffaroni, o “erro de tipo é o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo”<sup>43</sup>. Desta forma, e para que não restem dúvidas, é o *erro* que recai sobre os elementos que estruturam o delito, viciando a vontade pela falsa representação da realidade.

O que acontece, quando do cometimento do fato, é que o agente desconhece uma condição concernente ao tipo legal. Não há, pois, intenção de produzir o tipo objetivo, o que torna a conduta atípica, uma vez que o *animus* (dolo) não está presente. Válido lembrar, nas palavras de Rogério Greco, que o “dolo é a vontade livre e consciente de praticar a conduta incriminadora”<sup>44</sup>.

Isto posto, *erro de tipo* é “todo erro que determina a impossibilidade da vontade realizadora do tipo objetivo”<sup>45</sup>. A doutrina procura diferenciar o *erro de tipo vencível* do *erro de tipo invencível*. O erro invencível ou inevitável afasta tanto o dolo quanto a culpa; já o erro vencível ou evitável é injustificável, inescusável. Decorre da falta de cuidado do agente. Novamente, para que fique claro, é imprescindível registrar o pensamento do professor Eugenio Raúl Zaffaroni, *in verbis*:

Sendo o erro vencível (ou evitável), também elimina a tipicidade dolosa, mas no caso de haver tipo culposo e de configurarem-se seus pressupostos, a conduta poderá ser tipicamente culposa, isto é, dar lugar a uma forma de tipicidade que não se caracteriza com atenção à finalidade da conduta, e sim a seu modo de obtenção<sup>46</sup>(44).

A descrição típica do artigo 217-A exige a presença do elemento subjetivo para que o delito seja reconhecido. Nesses termos, deve o agente conhecer do

---

<sup>42</sup>*Apud* GRECO, Rogério. Código Penal Comentado, p.57.

<sup>43</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V.1, Parte Geral, 9.ed. revista e atualizada, p.427.

<sup>44</sup>GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*, p.58.

<sup>45</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V.1, Parte Geral, 9.ed. revista e atualizada, p.428.

<sup>46</sup>*Ibidem*.p.430.

estado de vulnerabilidade da vítima, fato que inviabiliza a prática sexual mantida com pessoa menor de 14 anos (*caput*) ou que tenha incapacidade física ou mental (§1º), sob pena de incorrer em *erro de tipo*. Exemplo comum é o sujeito que, numa determinada festa, conhece uma menina de 13 anos, e imaginando que seja maior de 18 anos relaciona-se sexualmente com a mesma. As circunstâncias do fato (menina de corpo avantajada; ingerindo bebida alcóolica; roupas provocantes; ambiente destinado a maiores de idade) contidas nos autos, é suficiente para determinar que o agente incidiu em erro. Da mesma forma, aquele que se relaciona com enfermo ou deficiente mental, não sendo o estado, que enseja a vulnerabilidade da vítima, aparente.

Perceba que o agente deve ter conhecimento - ou ao menos, a consciência plena -, no momento da ação, de que pratica uma relação sexual com pessoa vulnerável (conforme definição do *caput* e do parágrafo 1º do artigo 217-A, do Código Penal). Ademais, essa *consciência* deve abranger as consequências da sua conduta, bem como dos meios que adota para desempenhá-la. Esse é o entendimento que se alcança da excelente leitura do professor Cezar Roberto Bitencourt, senão vejamos:

A consciência de todas as elementares do tipo, como elemento do dolo, deve ser atual, isto é, deve existir no momento em que a ação está acontecendo, ao contrário da consciência da ilicitude (elemento da culpabilidade), que pode ser apenas potencial<sup>47</sup>.

Aliado ao *elemento intelectual*, o referido mestre demonstra ser fundamental, também, a presença do *elemento volitivo*, no qual está inserido o dolo. E dessa forma, brilhantemente conclui o mestre Cezar Roberto Bitencourt, *ipsis litteris*:

Em outras palavras, a vontade deve abranger, igualmente, a ação (prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso), o resultado (execução efetiva da ação proibida), os meios (de forma livre ou algum meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima) e o nexo causal (relação de causa e efeito). Por isso, quando o processo intelectual-volitivo não atinge um dos componentes da ação descrita em lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se realiza. Na realidade, o dolo somente se completa com a presença simultânea da consciência e da vontade de todos os elementos constitutivos do tipo penal. Com efeito, quando o processo intelectual-volitivo não abrange qualquer dos requisitos da ação descrita na lei, não se pode falar em dolo, configurando-se o erro de tipo, e sem dolo não há crime, antes a ausência de previsão da modalidade culposa<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup>BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial 4, p.98.

<sup>48</sup>BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial 4, p.98/99.

Diante desse quadro traçado, depreende-se que se o agente não tinha conhecimento ou a consciência (plena), no momento da realização da conduta libidinosa, que se tratava de vítima vulnerável, cometendo engano razoável, legitima-se a imposição do *caput*, do artigo 20, do Código Penal (erro de tipo escusável), tornando o fato praticado atípico (por ausência da previsão culposa). Todavia, caso tenha atuado utilizando-se da violência ou grave ameaça, convém desclassificar para a modalidade qualificada de estupro (§ 1º, do artigo 213, do Código Penal).

## 5 Conclusão

Diante da análise normativa do artigo 217-A, percebe-se que- embora tenha atuado bem o legislador de 2009 ao retirar a criticada presunção de violência da descrição do tipo- continua a existir uma certa presunção, na medida em que, conforme Guilherme de Souza Nucci, “baseado em certas probabilidades, supõe-se algo. E a suposição diz respeito à falta de capacidade para compreender a gravidade da relação sexual”.

Deste modo, ao lançar mão do conceito de vulnerabilidade, quis o legislador reafirmar o caráter absoluto da norma, preconizando que independentemente da relação ter se manifestado mediante violência ou grave ameaça (ou não), a conduta do agente estaria inculpada na precisão penal do artigo 217-A, uma vez que seu consentimento não seria válido já que não possui aptidão necessária para fazê-lo.

Acontece que a previsão dessa responsabilização objetiva fática contraria preceitos constitucionais fundamentais. Sob a ótica do ofendido, pode-se registrar o princípio da presunção de inocência e o princípio da adequação social. Por outro lado, fere a dignidade da pessoal humana, na medida em que retira do adolescente de 12 ou 13 anos a possibilidade de decidir o momento de sua iniciação sexual. Quantos aos menores de 12 anos, defende-se o caráter irrestrito da norma, sob o argumento de proteção do desenvolvimento sexual desses menores. Ademais, justifica-se a título de política criminal, haja vista tutelá-los das garras das redes nefastas de pedofilia.



Por tudo quanto exposto, entende-se que o artigo 217-A seria inconstitucional. Outrossim, a presunção- agora sob o viés da vulnerabilidade- deve ser relativa, cabendo ao magistrado analisar a luz do caso concreto.

## REFERÊNCIAS

BINTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*, 13.ed. Saraiva, , 2008.

BITENCOURT, Cezar R. *Código Penal Comentado*. 5.ed. atualizada, Saraiva, 2009.

BORGES, Fernando Afonso Cardoso. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7416](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7416)>. Acesso em: 12 out.2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro, 1940.

BREIER, Ricardo; TRINDADE, Jorge. *Pedofilia- aspectos psicológicos e penais*. 2.ed. revista e atualizada de acordo com as Leis 11.829/08 e 12.015/2009, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência Sexual Presumida, Uma análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor*. Curitiba Juruá, 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirleyda. *Curso de direito constitucional*. Juspodivm. 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Revista dos Tribunais, 2009.

FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Livraria do Advogado, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2.ed. revista e ampliada, 31ª impressão, Nova Fronteira.

GRECCO, Rogerio. *Direito Penal, parte geral*. V.1.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*.

JESUS, Damásio de. *Direito penal. Parte Especial*, 20.ed. Saraiva, 2011.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 9.ed. ver. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 7.ed. Método, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol I, Parte Geral*, 8.ed. ver., atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Princípios Penais Constitucionais, Direito Penas à luz da Constituição Federal*.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia- aspectos psicológicos e penais*. 2.ed. revista e atualizada de acordo com as Leis 11.829/08 e 12.015/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro. V.1, Parte Geral*, 9.ed. revista e atualizada.