PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

# VIOLENCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

TIPOS PENAIS PREVISTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

ORIENTANDA – LHORRANY STEPHANE NUNES PRADO
ORIENTADOR (A) - PROF. (A) ME CLÁUDIA GLÊNIA SILVA DE FREITAS

GOIÂNIA-GO
2024

LHORRANY STEPHANE NUNES PRADO

# VIOLENCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

TIPOS PENAIS PREVISTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Projeto de Artigo apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Profa. Orientadora: CLÁUDIA GLÊNIA SILVA DE FREITAS.

GOIÂNIA-GO

2024

LHORRANY STEPHANE NUNES PRADO

**VIOLENCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

TIPOS PENAIS PREVISTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Data da Defesa: 04 de dezembro de 2024.

BANCA EXAMINADORA

_____

Orientador: Profª. CLÁUDIA GLÊNIA SILVA DE FREITAS Nota

_____

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): DRA. CLÁUDIA LUIZ LOURENÇO

Nota

**SUMÁRIO**

**INTRODUÇÃO**

**1 ELEMENTOS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

1.1 CLASSIFICAÇÃO DO CRIME

1.2 SUJEITO ATIVO E PASSIVO

1.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

1.4 VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

1.5 ELEMENTOS NORMATIVOS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

**2 ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL**

2.1 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

2.2 AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.3 PARA O ESTUPRO COMETIDO NO DIA DO ANIVERSÁRIO DA VÍTIMA DE 14 ANOS

**3 TIPIFICAÇÃO E ELEMENTOS ESPECÍFICOS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

3.1 BASE NORMATIVA

3.2 AS PENAS

3.3 ERRO DE TIPO

3.4 CRIME HEDIONDO

3.5 RESPONSABILIDADE DO ACUSADO

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

**REFERÊNCIAS**

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

**REFERÊNCIAS**

# VIOLENCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

TIPOS PENAIS PREVISTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Lhorrany Stephane Nunes Prado[1]

O presente trabalho monográfico trata em apresentar a análise à medida da abordagem dos tipos penais do crime de estupro de vulnerável no contexto da dignidade sexual contra crianças e adolescentes no direito penal e das tipificações penais apresentadas na nossa legislação brasileira. No ordenamento jurídico é consentânea com o princípio da proteção integral e com o princípio a lacuna na legislação penal até sua previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Penal. Para a realização deste estudo, foi adotado o método dedutivo em conciliação com uma abordagem analítica. O primeiro capítulo compreende a análise conceitual da tipificação do delito de estupro vulnerável de crianças e adolescentes trazendo consigo as classificações dos elementos acerca do fenômeno do crime. No segundo capítulo aborda as tratativas ao artigo 217-A do Código Penal, traz como inovação o estupro de vulnerável, quando o agente tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, abordando também o estupro cometido no dia do aniversário da vítima, os fatores jurídicos que influenciam na relativização da vulnerabilidade, o legislador ao inserir a redação do art. 217-A deixou de forma clara que a presunção de vulnerabilidade seria absoluta, não deixando margem para discricionariedade do julgador decidir o contrário, e isso criou um grande debate na doutrina do Direito Brasileiro. Por último, a abordagem far-se-á no intuito de analisar a base normativa do crime de Estupro de Vulnerável, bem com os procedimentos e as penas aplicáveis ao crime desta natureza. A adequação ao princípio da proibição da proteção insuficiente, podendo haver o erro de tipo quanto ao crime, analisando que ele trata de um crime hediondo e como sua pena é qualificada.

**Palavras-chave**: Estupro de Vulnerável. Direito Penal. Direito da Criança e do Adolescente. Crime Hediondo. Conjunção Carnal. Atos Libidinosos.

[1] Qualificação do autor.

## INTRODUÇÃO

Para a realização deste artigo, foi adotado o método dedutivo em conciliação com uma abordagem analítica, que tem por finalidade fazer um estudo acerca do crime de estupro de vulnerável contra crianças e adolescentes, considerados vulneráveis nos termos do art. 217-A do CP, não tendo a capacidade de discernimento e, ainda expor a ideia de que a relativização da vulnerabilidade dos adolescentes é um caminhar para o acompanhamento da evolução na sociedade brasileira. Igualmente, discutir o bem jurídico tutelado pelo tipo penal previsto no artigo 217-A do Código Penal, qual seja, a dignidade sexual, a qual não se confunde com capacidade de consentimento que é a liberdade sexual, pois segundo o referido artigo, o emprego de grave ameaça ou violência, pouco importa para a configuração do crime de estupro de vulnerável, bastando apenas a prática de conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos com menores de 14 anos de idade, com quem 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.

O primeiro capítulo parte deste artigo tratará sobre alguns fatores históricos relevantes do crime de estupro, bem como sua relação com a legislação brasileira e suas mudanças no texto legal, também a classificação do crime sujeito ativo, sujeito passivo, tentativa e consumação. A análise conceitual da tipificação do delito de estupro vulnerável de crianças e adolescentes trazendo consigo as classificações dos elementos acerca do fenômeno do crime.

No segundo capítulo aborda-se as tratativas ao artigo 217-A do Código Penal, que traz como inovação o estupro de vulnerável, quando o agente tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, abordando também o estupro cometido na data do aniversário da vítima, os fatores jurídicos que influenciam na relativização da vulnerabilidade, o legislador ao inserir a redação do art. 217-A deixou de forma clara que a presunção de vulnerabilidade seria absoluta, mas não deixando margem para discricionariedade do julgador decidir o contrário, e isso criou um grande debate na doutrina do Direito Brasileiro.

O terceiro e último capítulo damos a abordagem no intuito de analisar a base normativa do crime de estupro de vulnerável, bem com os procedimentos e as penas aplicáveis ao crime desta natureza. A adequação ao princípio da proibição da proteção insuficiente, podendo haver o erro de tipo quanto ao crime, incluindo a responsabilidade do acusado de estupro de vulnerável que é severamente abordada no sistema jurídico brasileiro, uma vez que o crime é tipificado como hediondo e sujeito a penas rigorosas e como sua pena é qualificada.

# 1 ELEMENTOS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

## 1.1 CLASSIFICAÇÃO DO CRIME

No Direito Penal Brasileiro, ao tratar de crimes contra a dignidade sexual, a classificação do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do nosso Código Penal, é feita com base em diversos critérios que refletem sua complexidade e sua gravidade. Essa análise é essencial para a aplicação e interpretação corretas da norma penal, garantindo a proteção das vítimas vulneráveis e a aplicação da pena em sob quem cometeu o ato.

A vulnerabilidade pode ser considerada absoluta em casos que envolvam, os menores de 14 anos que são absolutamente vulneráveis e as pessoas que sofrem transtornos mentais ou os que não consigam oferecer resistência são relativamente vulneráveis, uma vez que é necessário a comprovação desta condição por meios de exames.

O crime de estupro além de exigir a conjunção carnal, que é o ato de penetrar, ou exigir o ato libidinoso, que é a satisfação da libido sexual sem a prática da penetração, como os beijo lascivo, toques íntimos, sexo oral, masturbação, entre outros, também necessita na ação a violência ou grave ameaça para então efetiva prática do crime, já que, por mais que a conduta tenha conjunção carnal ou ato libidinoso.

## 1.2 SUJEITO ATIVO E PASSIVO

Os conceitos de sujeito ativo e sujeito passivo são fundamentais para a caracterização da infração penal. No crime de estupro de vulnerável, o sujeito ativo é a pessoa que comete a ação criminosa, ou seja, quem pratica a conduta de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra a vítima, sendo qualquer pessoa, seja homem ou mulher. Trata-se de crime comum, este crime admite coautoria e participação. O coautor é aquele que emprega violência ou grave ameaça contra a vítima, sem realizar com ela a conjunção carnal ou o ato libidinoso. Será coautor, também, aquele que realizar, juntamente com outra pessoa, atos sexuais com a

vítima. Já o partícipe será aquele que estimular a prática do estupro, ainda que sem realizar qualquer ato executório nesse sentido.

Já o sujeito passivo é a vítima do crime, que, no caso de estupro de vulnerável, é uma pessoa considerada incapaz de oferecer consentimento válido em razão da idade ou de sua condição mental. Cabe ressaltar que, durante muito tempo, entendia-se que não era possível ocorrer estupro nas relações matrimoniais. Todavia, este entendimento não mais se sustenta. Há, inclusive, aumento de metade da pena se o crime for cometido por cônjuge ou companheiro, de acordo com o artigo 226, inciso II do Código Penal.

## 1.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O estupro mediante violência presumida é o crime praticado contra vítima que não possa oferecer resistência, em face do estado físico ou mental. Em decorrência da pouca idade, a presunção da insuficiência de discernimento ou inaptidão física é absoluta, cujo critério é estritamente biológico.

O artigo 217-A do Código Penal traz o estupro de vulnerável, quando o agente tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Vejamos o texto do referido artigo: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Cabe ainda mencionar o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que contém importantes dispositivos que reforçam a proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes. O crime de estupro de vulnerável não é tipificado diretamente no ECA, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente não possui uma seção específica de crimes sexuais, somente o nosso Código Penal, incluído pela Lei nº 12.015/2009.

No entanto, o ECA a Lei n.º 8.069/1990 estabelece uma série de medidas protetivas para crianças e adolescentes, reafirmando a necessidade de proteção contra toda forma de violência, abuso e exploração sexual. Os crimes sexuais contra menores de idade, incluindo o estupro de vulnerável, mas o ECA complementa essa proteção ao criar um sistema de garantias e medidas socioeducativas e ao prever sanções administrativas.

Nota-se que o conceito de vulnerável em razão da idade, ultrapassa o conceito de criança, eis que não é somente a criança que é elencada como vulnerável, mas também o adolescente que tenha menos de 14 anos, ou seja, até a véspera de seu aniversário de 14 anos.

O Doutrinador Fernando Capez, conceitua que o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP, para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob a nomenclatura "estupro de vulnerável".

Seu teor é o seguinte:

> Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1° Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2ª (Vetado.) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4° Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Capez, 2018, pg 116)

Dessa forma, as condições acima aludidas passaram a integrar o tipo penal do art. 21-A, com sanções próprias, distintas das reprimendas impostas ao crime sexual praticado com violência.

## 1.4 VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No Direito Brasileiro, a violência sexual contra crianças e adolescentes é um grave crime que atenta contra a dignidade, a integridade física e a liberdade sexual desses indivíduos. A legislação brasileira estabelece um conjunto de normas que visa tanto a repressão quanto a prevenção desse tipo de violência. A proteção é fundamentada em diversos dispositivos legais, sendo os principais o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e leis complementares específicas.

Carta Política Brasileira de 1988, prevê em seu artigo 227 § 4º que, a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, garantindo assim a proteção contra este ato.

A Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente é a principal legislação de proteção dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, reforçando

a doutrina da proteção integral. Embora o ECA não tipifique diretamente os crimes sexuais, ele estabelece diretrizes e medidas protetivas para a preservação da integridade física e psicológica de crianças e adolescentes.

O Direito Brasileiro adota uma abordagem robusta contra a violência sexual infantil, combinando tipificações penais, medidas de proteção e políticas preventivas para proteger crianças e adolescentes. A legislação busca garantir que, além de responsabilizar criminalmente os agressores, as vítimas recebam o suporte necessário para superar os traumas e que o Estado e a sociedade estejam alertas para prevenir novos casos.

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 227, dispõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, diversos direitos, inclusive de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 227, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. (Brasil, 1988, JusBrasil Acesso em: 26 out. 2024.)

Sendo um artigo fundamental para a proteção dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil, servindo como uma base para a legislação infraconstitucional, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e orientando políticas públicas que visam garantir o bem-estar e o desenvolvimento saudável de jovens. Ele representa um compromisso constitucional do Estado brasileiro em assegurar que crianças e adolescentes sejam reconhecidos como sujeitos de direitos, dignos de respeito e proteção, e não meramente objetos de cuidado.

## 1.5 ELEMENTOS NORMATIVOS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Os elementos normativos do crime de estupro de vulnerável envolvem a prática de um ato libidinoso ou conjunção carnal contra uma vítima cuja vulnerabilidade está prevista na lei, seja por ser menor de 14 anos ou por condição de saúde que lhe retire o discernimento ou a capacidade de resistência.

Por tratar-se de vulnerável, o tipo penal em análise não exige para sua configuração o manifesto dissenso da vítima para prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, como ocorre no estupro simples (artigo 213, CP), bastando a ação nuclear de “ter” ou “praticar”.

No que se refere ao tipo subjetivo, o mesmo doutrinador refere que ele é representado pelo dolo, na medida em que o agente deve ter a consciência e vontade de realizar os elementos objetivos e consequentemente preencher os requisitos para a tipificação do delito. Vale ressaltar que “não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter à vítima à prática de relações sexuais” (Capez, 2014).

Os elementos normativos do crime de estupro de vulnerável definem as condições sob as quais uma conduta pode ser considerada criminosa. A ênfase na proteção de vítimas em situação de vulnerabilidade reflete a preocupação do legislador em garantir a dignidade e os direitos das pessoas mais fragilizadas, reconhecendo que, em certas condições, não há possibilidade de consentimento válido. Essa abordagem busca combater a exploração e a violência sexual contra os vulneráveis de maneira efetiva.

## 2. ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

Neste segundo capítulo daremos tratativas ao artigo 217-A do Código Penal (Brasil, 2009) traz como inovação o estupro de vulnerável, quando o agente tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Vejamos o texto do referido artigo:

Artigo 217-A do Código Penal:

> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
> § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
> § 2º (VETADO)

> § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
> § 4º Se da conduta resulta morte:
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.
> § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Nota-se que o conceito de vulnerável em razão da idade, ultrapassa o conceito de criança, eis que não é somente a criança que é elencada como vulnerável, mas também o adolescente que tenha menos de 14 (quatorze) anos.

De acordo com o autor Cleber Masson:

> Em primeiro momento qualquer pessoa, pode ser vítima de estupro. Entretanto se a vítima for menor de 14 (catorze) anos, ou pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, ou qualquer outra causa não oferecer resistência estará caracterizado o crime mais grave, o de estupro de vulnerável, definido no art. 217-A. (Masson, 2017, p. 22).

A vulnerabilidade objetiva impede que o autor do crime alegue desconhecimento da idade da vítima ou argumente que houve consentimento. A vulnerabilidade de menores de 14 anos é considerada absoluta pelo legislador, exatamente para assegurar proteção integral a crianças e adolescentes, evitando que se argumente em favor do consentimento em razão de qualquer circunstância.

## 2.1 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A consumação do estupro, quando praticado na modalidade conjunção carnal, terá que haver a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina. Sendo assim, o crime se consuma quando se concretiza no corpo da vítima o ato libidinoso, sendo eles também o sexo anal, oral e toques íntimos.

Quanto a tentativa o agressor começa a ameaçar a vítima e tenta forçá-la a um ato sexual, mas a vítima consegue escapar ou algum terceiro intervém antes que o ato seja realizado, o crime permanece na fase de tentativa.

A tentativa é possível, mas deve ser ressaltado que se o agente pretende praticar determinado ato sexual e não consegue, mas prática atos preambulares que, por si só, já configuram atos libidinosos, o crime é consumado. Assim, se o agente pretende praticar um ato de penetração e não consegue, mas nesse momento prática

toques na genitália da vítima ou sexo oral, o crime será consumado, pois os atos praticados já são suficientes para a configuração do ato libidinoso.

Adverte Cezar Roberto Bitencourt (L.4. P.118, 2018) em relação a tentativa:

> Admite-se a tentativa, embora, teoricamente, difícil seja sua constatação. Exige-se muita cautela para não incriminar qualquer palavra ou gesto como tipificadora desse crime em sua forma tentada.

A diferença entre consumação e tentativa é fundamental para a aplicação da pena e para a compreensão da gravidade do ato praticado. Ambas as situações são graves e merecem a devida atenção do sistema judiciário para garantir justiça às vítimas e responsabilização dos agressores.

## 2.2 AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA ESTUPRO DE VULNERÁVEL

No Brasil, a ação penal pública incondicionada é um tipo de ação penal que não depende da vontade da vítima ou de seu representante legal para ser iniciada. Isso significa que, uma vez que a autoridade policial toma conhecimento do crime, o Ministério Público deve promover a ação penal independentemente de qualquer manifestação da vítima ou de seus representantes legais.

A previsão da ação penal pública incondicionada para o estupro de vulnerável visa proteger os direitos das vítimas, que frequentemente não têm condições de buscar a justiça por conta própria, seja por medo, vergonha ou pela própria vulnerabilidade. Essa medida busca garantir que a violência sexual não permaneça impune, independentemente da vontade da vítima, refletindo a preocupação do legislador em proteger grupos mais fragilizados da sociedade.

O Ministério Público tem o dever de investigar as denúncias de estupro de vulnerável e promover a ação penal, garantindo que as vítimas tenham acesso à justiça. A incondicionalidade da ação penal permite que o processo seja iniciado mesmo que a vítima não queira prestar queixa ou revele sua situação, assegurando que o interesse público na repressão ao crime prevaleça.

Dispõe o código penal a respeito da modalidade de Ação Penal para os crimes dos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI:

> Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)"
> Com efeito, tendo em vista as especiais qualidades da vítima na presente figura típica se procede por Ação Penal Pública incondicionada o Crime de Estupro de vulnerável.

Portanto, a ação penal pública incondicionada no caso de estupro de vulnerável busca assegurar que a justiça seja feita mesmo em situações em que a vítima não tem condições ou não deseja proceder com a denúncia. É uma medida de proteção que visa garantir que crimes graves como este sejam punidos e que os direitos das vítimas sejam resguardados.

## 2.3 PARA O ESTUPRO COMETIDO NO DIA DO ANIVERSÁRIO DA VÍTIMA DE 14 ANOS

A Lei nº 12.015/2009 traz consigo uma lacuna para o estupro cometido no dia do 14º aniversário da vítima, eis que nesse dia ela já não é mais menor de 14 (quatorze), como também não é maior de 14 (quatorze), mas sua idade no dia do 14º aniversário é igual a 14 (quatorze).

A lacuna da lei para o crime de estupro praticado no dia do aniversário de 14 (catorze) anos, percebe-se que prevaleceu a divergência, pois não há unidade no posicionamento doutrinário relativo ao tema. Permaneceu a discordância sobre qual seria a tipificação do crime cometido neste dia, entretanto o ponto de vista em comum é que a lacuna existe, é real e concreta. A análise sobre as lacunas no ordenamento jurídico é de suma relevância, bem como, não cabe ao magistrado assumir a responsabilidade de solucionar o conflito jurídico causado pela desídia do legislador, que ao editar uma lei com incongruências, ocasionou dúvida na interpretação da lei e por meio desta falha legislativa, propicia disparidade na aplicação da pena.

A questão é que se a vítima tem menos de 14 (quatorze) anos, a pena do agente será de 08 (oito) à 15 (quinze) anos de reclusão, enquanto se a vítima tem mais de 14 (quatorze) a pena seria de 08 (oito) a 12 (doze) anos de reclusão, contudo, e se o crime for praticado no dia do aniversário de 14 (quatorze) anos da vítima, ou

seja, no dia em que ela possui idade igual 14 (quatorze) se vê, de regra não se poderia aplicar a pena do Art. 213, §1º e nem mesmo do art. 217-A, eis que nenhum dos dois abarca especificamente a idade igual a quatorze. Sobre essa lacuna, o eminente doutrinador Fernando Capez, pronúncia que, verifique-se por derradeiro que o legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que o crime for praticado contra a vítima no dia do seu aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar, no caso, o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça. Se houver o consentimento do ofendido, o fato será atípico, sendo a lei, nesse ponto, benéfica para o agente, devendo retroagir para alcançá-lo (Capez, 2012. p. 83).

Logo quando o estupro for cometido no dia do aniversário de catorze anos o crime não se enquadra no artigo de estupro de vulnerável, que expressa taxativamente em seu texto o requisito “menor de catorze”, mas também não se adapta no estupro qualificado, pois esse, expressa em seu caput como requisito ser menor de dezoito anos e “maior de catorze anos”. Caberia nessa situação a imposição do crime de estupro simples, causando uma disparidade na aplicação da pena, haja vista que os crimes supracitados exigem como requisitos ser maior ou menor que catorze anos. Percebe-se que a lei consideraria o crime de estupro praticado no décimo quarto aniversário da vítima menos grave do que o estupro de vulnerável e que o estupro qualificado, sendo para um a diferença de um dia antes; para o outro um dia depois.

Caso o ato tenha ocorrido no dia em que a vítima completou 14 anos, o agressor pode ainda responder por estupro (art. 213 do Código Penal) se houver comprovação de violência, grave ameaça, ou outro fator de constrangimento. A proteção legal permanece, mas a tipificação exata pode variar. Portanto, embora o artigo 217-A se aplique a menores de 14 anos, a análise dos fatos e das provas em casos limítrofes como esse será crucial para a definição exata do tipo penal e da responsabilidade do agressor.

# 3 - TIPIFICAÇÃO E ELEMENTOS ESPECÍFICOS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

## 3.1 BASE NORMATIVA

O intuito do legislador foi tutelar, com maior zelo, a dignidade sexual daqueles incapazes de exteriorizar seu consentimento de forma plena. Nas palavras de Nucci (2010, p. 99), este dispositivo legal não exige a violência ou grave ameaça, visto que “as pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estudo natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado”. O tipo penal autônomo do 217- A, denominou o menor de 14 anos de vulnerável, por merecer uma especial proteção legal. Assim fazendo, o que se pretende é inserir, tacitamente, sem mais falar em presunção – um termo que sempre gerou contestação em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu, a coação psicológica no tipo idealizado. Proíbe-se o relacionamento sexual do vulnerável, considerando o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência (Nucci, 2010). Menor de 14 anos é o infanto-juvenil ou criança/adolescente, titular da proteção estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), protegido pelo Estado, pela lei, tendo sua vulnerabilidade reconhecida (Bitencourt, 2011).

## 3.2 AS PENAS

São duas as hipóteses de estupro de vulnerável da forma qualificada. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave (artigo 217-A, § 3º, CP) ou se da conduta resulta morte (217-A, § 4º, CP). Aplicam-se ao estupro de vulnerável as causas de aumento de pena previstas no artigo 226 e no artigo 234-A, inc. III e IV, do Código Penal:

> Art. 226. A pena é aumentada:

> I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; [...] Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: I - (VETADO); II - (VETADO); III - de metade, se do crime resultar gravidez; e IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (Brasil, 1940).

Se o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela há previsão específica de aumento de pena, conforme previsto no artigo 226 do Código Penal.

O crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal) possui agravantes que podem aumentar significativamente a pena base, conforme as circunstâncias específicas do caso. Esses agravantes refletem situações em que a conduta do autor resulta em um dano ainda mais grave à vítima, como lesão corporal grave ou morte, e outras condições que agravam a penalidade.

As principais agravantes para o estupro de vulnerável são Lesão Corporal Grave (§ 3º do Art. 217-A), se o estupro de vulnerável resultar em lesão corporal de natureza grave (que cause debilidade permanente de membro, sentido ou função; perda ou inutilização de membro; ou enfermidade incurável), a pena é agravada para reclusão de 10 a 20 anos; Morte da Vítima (§ 4º do Art. 217-A), se a conduta do autor resultar na morte da vítima, a pena é ainda mais severa, sendo agravada para reclusão de 12 a 30 anos. Essa condição aplica-se quando a vítima falece como consequência direta do ato de violência sexual e**;** Outras Situações de Agravamento (Art. 226 do Código Penal), o Código Penal ainda estabelece, no artigo 226, situações em que a pena pode ser aumentada em metade. Essas situações incluem quando o crime é cometido com abuso de autoridade ou influência sobre a vítima, como em situações em que o autor do crime é parente, responsável, ou tem poder sobre a vítima; por várias pessoas (concurso de agentes) e; aproveitando-se da confiança ou do poder que o autor exerce sobre a vítima.

Determina o art. 226 do Código Penal, com redação que lhe foi conferida pela Lei n° 11.106, de 28 de março de 2005:

> **Art. 226.** A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)
> **I** - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)
> **II** - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

Esses agravantes visam penalizar mais severamente o autor que pratica o estupro de vulnerável em circunstâncias ainda mais ofensivas à integridade física e psíquica da vítima. O agravamento da pena nessas situações reflete a maior reprovação social e jurídica do ato, buscando uma maior dissuasão desse tipo de crime e proteção das pessoas em condições de vulnerabilidade absoluta.
Quando presentes, essas qualificadoras aumentam a pena-base, que pode variar entre 8 a 15 anos de reclusão (pena inicial do estupro de vulnerável). Em casos qualificados, a pena pode subir para 12 a 30 anos de reclusão. Essas medidas têm como objetivo aumentar a proteção da vítima e punir com mais rigor crimes sexuais praticados contra pessoas especialmente vulneráveis.

## 3.3. ERRO DE TIPO

No contexto dos crimes contra a dignidade sexual, notadamente do estupro de vulnerável, não se pode deixar de considerar a possibilidade de ocorrência do erro de tipo, que afastará o dolo, tornando a conduta atípica.

O erro de tipo é um conceito do Direito Penal que ocorre quando o agente comete um ato ilícito por desconhecer ou se enganar quanto a uma situação que constitui um elemento essencial do crime. No caso do estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), o erro de tipo pode surgir, por exemplo, quando o agente acredita, de forma errônea, que a vítima não se enquadra na condição de vulnerabilidade prevista pela lei.

Uma situação comum de erro de tipo nesse contexto é quando o autor do ato acredita que a vítima tem 14 anos ou mais e, na verdade, ela é menor de 14 anos. Se o erro for invencível (ou seja, se não havia como o autor descobrir a verdadeira idade da vítima, mesmo tomando todas as precauções), ele pode ser utilizado como

causa para a exclusão da culpabilidade. Nesse caso, o agente não seria punido, já que não teve a intenção de cometer o crime.

Neste sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217 – A. Se tal não se der ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa".[35] Veja-se que o Supremo Tribunal Federal, mesmo considerando absoluta a presunção de violência, já reconheceu que "não se configura o crime de estupro se a suposta vítima, embora menor de 14 anos, aparenta idade superior, possui comportamento promíscuo e admite não haver sido constrangida a manter relações sexuais com o acusado, tendo-o feito por livre e espontânea vontade".[36] (Nucci, 2014, pg 643).

Já se o erro for vencível, ou seja, se o agente descobrir a idade da vítima com um mínimo de cuidado, ele poderá responder pelo crime, mas talvez com uma pena reduzida, já que teria agido de forma negligente ao não verificar a idade correta.

A alegação de erro de tipo deve ser analisada com cautela, pois no crime de estupro de vulnerável a proteção da vítima é prioritária. Entretanto, quando comprovado de forma robusta que o agente realmente não tinha como saber a verdadeira condição de vulnerabilidade da vítima, é possível que o erro de tipo tenha impacto no julgamento do caso.

Por exemplo, uma situação em que a vítima aparenta ser mais velha do que sua real idade, apresenta-se como maior de 14 anos, e o agente, após tomar precauções, ainda assim acredita nisso, pode ser considerada um erro de tipo invencível, o que poderia afastar a culpabilidade do agente.

STJ e a ciência da idade da vítima:

> O fato é que a condição objetiva prevista no art. 217-A se encontra presente e, portanto, ocorreu o crime imputado ao agravante. Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu (fls. 1/2, 88/95 e 146/159), para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime, cuja

> conduta está descrita no art. 217-A do Código Penal.” (STJ, AgRg no REsp 1407852 / SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 05/11/2013).

Se o agente praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos acreditando que este possui idade superior a esta em razão da sua aparência ou de outro motivo, ocorrerá erro de tipo. Exige-se o elemento subjetivo dolo, ou seja, a consciência do sujeito ativo da vulnerabilidade do sujeito passivo.

## 3.4. CRIME HEDIONDO

A Lei 8.072/90, conhecida como a "Lei dos Crimes Hediondos", foi promulgada no Brasil em 25 de julho de 1990 e estabelece medidas severas contra crimes considerados de extrema gravidade. Crimes hediondos, de acordo com essa legislação, são aqueles que, por sua natureza, causam grande impacto social e merecem uma resposta penal mais rigorosa. A lei também endurece as condições de cumprimento de pena para quem é condenado por esses crimes.

O estupro de vulnerável é considerado um crime hediondo no Brasil. Conforme a Lei nº 8.072/1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, o estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal) foi incluído entre os crimes mais graves. Crimes hediondos são aqueles vistos pelo legislador como especialmente ofensivos à sociedade e, por isso, recebem um tratamento penal mais rigoroso.

Sendo assim, a nova lei acabou por revogar tacitamente o art. 9 da Lei dos Crimes Hediondos, em decorrência da revogação expressa do art. 224 do Código Penal. De fato, se não mais existe o art. 224 do Código Penal, não há como se aplicar o art. 9° da Lei 8.072/1990.

Além disso, ao estupro de vulnerável já é cominada pena privativa de liberdade mais elevada (reclusão, de 8 a 15 anos) do que a estabelecida para o estupro (reclusão, de 6 a 10 anos), tornando desnecessária a majoração antigamente imposta pela Lei dos Crimes Hediondos.

A hediondez do crime de estupro de vulnerável está relacionada a um processo histórico de discussões. E, portanto, traz em seu bojo uma série de particularidades, onde até mesmo o consentimento da vítima não é capaz de afastar a ilicitude do fato. Consoante o entendimento de Guilherme Nucci:

> [...] por regras de experiência, captadas pelo legislador, é vedada a prática sexual com tais pessoas, visto que a maioria não tem discernimento suficiente, nem condições de autorizar o ato, logo, a vulnerabilidade de suas situações indica a presunção de ter sido violenta a prática do sexo. (Nucci, 2009, Pg 892)

É inaplicável a anistia, graça, indulto e fiança (art. 2º, I e II, Lei 8.072/1990), além de impor o regime fechado como obrigatório para o início de cumprimento de pena (art. 2º, § 1º, Lei 8.072/1990).

No cumprimento da pena, o condenado por crime hediondo só terá direito à progressão de regime, após o cumprimento de 2/5 da pena, se for primário, ou de 3/5 se reincidente (art. 2º, § 2º, Lei 8.072/1990). A progressão de regime em crimes não hediondos se dá com 1/6 da pena (art. 112, LEP).

O livramento condicional exige o cumprimento de 2/3 da pena, desde que o apenado não seja reincidente em crime hediondo ou equiparados. Caso seja reincidente em crime hediondo ou equiparado, não terá direito ao livramento condicional (art. 83, V, CP).

No que se refere à prisão temporária, o prazo de duração, em investigação de crime hediondo, será de 30 dias, prorrogáveis por igual período. (art. 2º, § 4º, Lei 8.072/1990). A prisão temporária em crime não hediondo tem o prazo de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 (art. 2º, da Lei 7.960/1989).

A inclusão do estupro de vulnerável entre os crimes hediondos reflete a preocupação do Estado em garantir a proteção integral de crianças e adolescentes, conforme preconizado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O legislador considera esse tipo de crime como uma violação profunda dos direitos humanos, especialmente no que se refere à dignidade, à liberdade e à segurança da vítima, impondo sanções mais rigorosas para proteger pessoas em condições de vulnerabilidade absoluta.

## 3.5. RESPONSABILIDADE DO ACUSADO

A responsabilidade do acusado de estupro de vulnerável é severamente abordada no sistema jurídico brasileiro, uma vez que o crime é tipificado como hediondo e sujeito a penas rigorosas. O artigo 217-A do Código Penal caracteriza o estupro de vulnerável como a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com

menor de 14 anos, pessoa com deficiência mental que impeça o entendimento do ato ou alguém que não possa oferecer resistência.

Em crimes contra vulneráveis, a responsabilidade do acusado é considerada objetiva em alguns aspectos, especialmente no caso de menores de 14 anos. Independentemente de eventual consentimento da vítima ou alegações sobre o seu entendimento da situação, presume-se a vulnerabilidade, não sendo necessário provar coação ou uso de força.

A lei estabelece que não importa o consentimento da vítima nem o eventual histórico de relações dela. Para menores de 14 anos, o Código Penal presume automaticamente a incapacidade de discernimento e a impossibilidade de consentimento válido.

Como mencionado, o estupro de vulnerável possui agravantes que podem aumentar a pena. Isso inclui casos em que o ato resulta em grave dano físico ou psicológico, gravidez, transmissão de doença sexualmente transmissível, ou é praticado com abuso de autoridade, relação de confiança, ou em concurso de pessoas.

Assim diz o Art. 217 – A do Código Penal Brasileiro em caso de aumento de pena:

> § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
> § 4º Se da conduta resulta morte:
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Devido à natureza hedionda do crime, o condenado por estupro de vulnerável enfrenta restrições para obter benefícios penais, como fiança, liberdade provisória e alguns tipos de progressão de regime. A lei exige o cumprimento de um maior tempo de pena em regime fechado antes da progressão.

Os tribunais brasileiros aplicam com rigor as disposições sobre o estupro de vulnerável. Em decisões judiciais, há pouca margem para defesa baseada no consentimento ou na maturidade da vítima, dada a presunção legal de incapacidade. Em algumas decisões, inclusive, os tribunais aumentam a pena ao considerarem a alta lesividade do crime, especialmente nos casos com agravantes.

Em resumo, a responsabilidade do acusado de estupro de vulnerável é amplamente fundamentada e sujeita a uma resposta penal severa, com vistas à proteção dos mais vulneráveis e à repressão da prática desse crime.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico tratou em apresentar a análise do crime de estupro de vulnerável no contexto da dignidade sexual no direito penal e das tipificações penais apresentadas na nossa legislação brasileira.

Desta forma, impõe-se a conclusão de que deve ser relativa à presunção de vulnerabilidade trazida no Artigo 217 – A do Código Penal, pois, é necessária uma análise casuística antes de incriminar um agente, visando evitar injustiças.

Certo é que sempre haverá divergência sobre a problemática, porém, aqueles que buscam uma melhor aplicação das leis vigentes na sociedade, é preciso abrir espaço para interpretações modernas e que enquadrem o tipo penal na realidade da época em que acontecem os fatos. Não se deve fechar os olhos diante da evolução do ser humano. Os moldes anteriormente vividos não condizem mais com a atualidade. Assim sendo, é incontroverso tutelar um bem jurídico descrito generalizadamente como frágil se assim já não mais o é em sua totalidade.

Não se defende aqui a remoção da presunção ou sequer a generalização desta, mas sim que se deve dar ao acusado a possibilidade de em sua defesa, pode alegar as particularidades de seu caso para que se for devidamente comprovada, possa demonstrar sua falta de dolo ao praticar o ilícito a ele imputado, exercendo melhor a desejada justiça.

Diante de tudo que foi visto e discutido acerca do conceito de vulnerabilidade à luz do consentimento do ofendido, percebeu-se uma mudança de paradigmas nos delitos sexuais, de maneira que o legislador deixou de tutelar os crimes contra os costumes para tutelar os crimes contra a dignidade sexual.

Por fim, conclui-se que o consentimento do ofendido poderá ser aplicado ao delito de estupro de vulnerável, fazendo com que a conduta não se amolde ao tipo penal do art. 217-A pela ausência da condição de vulnerabilidade no caso concreto, sendo, portanto, atípica. Diante do exposto, percebe-se que o conceito de vulnerabilidade deve ser aferido em cada caso concreto, podendo ser flexibilizado por meio do instituto do consentimento do ofendido, quando presentes requisitos pessoais que atestem a sua inexistência.

**REFERÊNCIAS**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Vol 4. 12ª ed**. rev. e atual. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral vol.1.** – 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal, Parte Geral e Parte Especial**, Vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Especial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPEEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Volume 3 - 19ª EDIÇÃO 2021**, São Paulo.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.
CÓDIGO PENAL, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm

**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Lei 8069 de 13 de julho de 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

Art. 226 do **Decreto-lei Nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940, https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10610242/artigo-226-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940