

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

RACHEL VITÓRIA BASTOS DE MORAES

**O ERRO DE TIPO E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA
ESFERA DO CRIME ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

VOLTA REDONDA
2019

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**O ERRO DE TIPO E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA
ESFERA DO CRIME ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluna:

Rachel Vitória Bastos de Moraes

Professora Orientadora:

Ericka Julio Batitucci

VOLTA REDONDA

2019



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

O Erro de Tipo e o Princípio da Adequação Social na esfera do Crime Estupro de Vulnerável

Elaborado por

Rachel Vitória B. de Moraes

apresentado

publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 21 de Maio de 2019

Banca Avaliadora:

Professor Orientador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Dedico o presente trabalho aos meus pais Paulo Eduardo e Ana Luzia, e do mesmo modo, ao meu irmão Dudu, aqueles a quem tenho profunda admiração, gratidão e carinho por todo o companheirismo, amizade e amor que dedicaram a mim até os dias de hoje.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por permitir que eu viesse a este planeta com perfeitas condições de saúde, física e mental, que me tornaram capaz de concluir o presente trabalho acadêmico.

A minha orientadora por seus conselhos valiosos e sábias considerações no auxílio do meu trabalho de conclusão de curso.

À minha família, que apesar da distância que, por ora, nos separa, nunca fizeram com que eu me sentisse desamparada nesta árdua caminhada.

E em especial ao meu avô Paulo Diniz, ao qual sagro meu exemplo de luta, dedicação e profissão.

RESUMO

A monografia tem por objetivo demonstrar a necessidade de adaptação e interpretação do Direito face às constantes mudanças socioculturais, afastando assim, a interpretação rígida das normas, adaptando-as ao princípio da Adequação Social existente no presente período histórico, onde busca satisfazer a finalidade da lei, e não apenas sua aplicação absoluta. Outrossim, o presente trabalho realiza um breve histórico do delito estupro e sua aplicação jurídica, desde a antiguidade até os dias atuais e estuda diversos pensamentos doutrinários verificando a possibilidade de não aplicar a responsabilidade objetiva no crime de Estupro de Vulnerável. Igualmente, aborda o Estatuto da Criança e do Adolescente alegando ser possível a validade do consentimento dado pelo adolescente para a prática do ato sexual, uma vez que este tem capacidade de entender o caráter ilícito de suas ações.

Palavras-chave Estupro de Vulnerável; Erro de tipo; Princípio da Adequação Social; Vulnerabilidade; Menor de 14 anos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 HISTORICIDADE DO CRIME DE ESTUPRO.....	11
2.1 A História do Estupro no Brasil.....	12
2.1.1 Código Penal de 1830.....	13
2.1.2 Código Penal de 1890.....	14
2.1.3 Código Penal de 1940.....	16
2.2 As alterações trazidas pela Lei 12.015 de 2009.....	17
3 DA TEORIA DO CRIME.....	20
3.1 Fato típico.....	20
3.1.1 Conduta.....	21
3.1.2 Resultado.....	21
3.1.3 Nexo Causal.....	21
3.1.4 Tipicidade.....	22
3.2 Ilícitude.....	22
3.3 Culpabilidade.....	23
4 DA TEORIA DO ERRO.....	26
4.1 Conceito de erro e sua distinção de ignorância.....	26
4.2 Erro de Tipo.....	27
4.2.1 Erro Essencial.....	28
4.2.2 Erro Acidental.....	29
4.2.3 Erro Determinado por Terceiro.....	30
4.3 Erro nas Discriminantes Putativas.....	31
5 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	33
5.1 Presunção da violência.....	34
5.2 Elementos do tipo.....	37
5.3 Sujeitos do crime.....	37
5.4 Ação penal.....	39

6 DO ERRO DE TIPO E DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	40
6.1Do Consentimento do menor se idade segundo o ECA.....	41
7 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	44
8 CONCLUSÃO.....	46
9 REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

O Direito surgiu como forma de regulamentar as relações sociais, a função do intérprete da lei é realizar a aplicação da norma no caso concreto, em determinadas situações, porém, a aplicação mecânica da norma gera consequências pavorosas e por essa razão, é dever do intérprete utilizar os princípios e as regras de hermenêutica para obter uma decisão justa.

Nesse trabalho, buscarei entrelaçar a aplicação do princípio da adequação social, para limitar a incriminação do sujeito ativo, com o crime de estupro de vulnerável criado pela Lei 12.015/2009.

Para a pesquisa serão analisadas jurisprudência dos Tribunais Superiores, principalmente quanto aos posicionamentos anteriores à Lei 12.015 de 2009 e a presunção de violência.

No presente estudo, em seu segundo capítulo, será observada uma abordagem histórica acerca do crime de estupro, com o intuito de demonstrar as mudanças - tanto na legislação quanto na sociedade -, reafirmando assim, a necessidade de se observar às relações sociais e a evolução do pensamento sobre o tema com o passar do tempo.

O terceiro capítulo trata-se de um estudo breve e fático sobre os elementos necessários para que se exista a prática de um crime. Na ausência de qualquer um desses elementos, descaracteriza a conduta criminosa do agente, não sendo possível assim sua punição por parte do Estado. Do mesmo modo, o referido capítulo demonstra que para uma determinada conduta ser considerada crime, deverá estar prevista na lei (tipicidade), ser juridicamente proibida (antijuridicidade) e ser passível de reprovação (culpabilidade).

O capítulo posterior traz consigo o instituto do Erro de tipo, tipificado no Código Penal em seu artigo 20. Este, por sua vez, ocorre quando o agente não tem consciência do ato praticado, ou seja, imagina estar praticando uma conduta lícita, quando na verdade está praticando uma conduta ilícita.

Nestes casos, o erro de tipo diz respeito ao elemento cognitivo, o dolo, a vontade livre e consciente de praticar o crime assim, o erro de tipo exclui o dolo e, portanto, a própria tipicidade.

O capítulo quinto entra no mérito do tipo penal Estupro de Vulnerável, que foi inserido no atual ordenamento jurídico por meio da criação da Lei n.º 12.015 de 2009, substituindo o antigo artigo 224 do Código Penal que tratava da presunção de violência. Este artigo veda a prática de atos sexuais com adolescentes menores de 14 anos, e do mesmo modo, 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.

Na mesma linha de raciocínio, a criação do crime Estupro de Vulnerável transformou a vulnerabilidade do menor de 14 anos de relativa, para absoluta, entendendo os tribunais que os referidos adolescentes não têm discernimento suficiente para consentir a prática de relação sexual.

Então, o sexto capítulo mescla os conhecimentos adquiridos no capítulo quatro e no capítulo cinco, possibilitando a compreensão da aplicação do instituto erro de tipo dentro do crime de estupro de vulnerável, pois, apesar de ter vulnerabilidade absoluta, há hipótese em que o agente da conduta não será punido por incorrer alguma circunstância que afasta sua punibilidade.

Dentro desse mesmo capítulo há a posição do ECA em relação ao consentimento do menor a prática sexual, demonstrando que se o adolescente é capaz de entender o caráter ilícito de suas ações, ele também é capaz de consentir a prática de relação sexual quando de sua vontade.

Após, o capítulo sétimo traz a ideia do princípio da Adequação Social, onde disserta sobre a possibilidade da vítima ser analisada dentro do seu contexto social e cultural e assim estabelecer que a vulnerabilidade daquele adolescente seja relativa ou absoluta. O referido princípio busca a interpretação de cada caso, na sua singularidade e não a generalização de todos os adolescentes como se todos tivessem vidas e experiências iguais.

Por fim, será defendida a aplicação do princípio da adequação social para permitir ao intérprete um estudo aprofundado do consentimento dado pelo vulnerável, afastando a tipicidade formal, e, portanto, o crime.

Diante desse entendimento, será possível concluir a importância do princípio estudado, que permite a observância do meio social durante a aplicação da norma penal ao caso concreto. No caso do crime de estupro de vulnerável, o meio social passará a ser visto como elemento importante na formação da autodeterminação sexual.

2 HISTORICIDADE DO CRIME DE ESTUPRO

Antes de iniciar a pesquisa sobre a problemática apresentada, é necessário contextualizar a evolução histórica do crime de estupro.

Desde a época da antiguidade, os crimes contra a honra sexual já causavam enorme repugnância na sociedade, sendo, do mesmo modo, severamente punidos, como nos relata Prado (2001, p. 193-194).

Os crimes sexuais, entre eles o estupro, foram severamente reprimidos pelos povos antigos. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados¹. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 ciclos de prata ao seu pai.

O Código de Hamurabi tem sua elaboração estimada por volta de 1700 a.C. e foi encontrado durante a expedição francesa 1901 - na região da antiga Mesopotâmia. A partir daí que se criou a expressão comumente utilizada, olho por olho e dente por dente (Lei de Talião²).

O crime de estupro possuía uma pena muito intransigente, aplicando ao estuprador a pena capital³. Em seu art.130, dispunha que se “alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, esse homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (PRADO, 2001, p.194).

¹ A pena de lapidação consistia no apedrejamento do condenado até a morte (WIKIPÉDIA, 2019).

² A lei de talião (em latim: *lex talionis*; *lex*: lei e *talio*, de *talis*: tal, idêntico), também dita pena de talião, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena — apropriadamente chamada retaliação. A perspectiva da lei de talião é o de que uma pessoa que feriu outra pessoa deve ser penalizada em grau semelhante, e a pessoa que infligir tal punição deve ser a parte lesada. Em interpretações mais suaves, significa que a vítima recebe o valor estimado da lesão em compensação. A intenção por trás do princípio era "restringir" a compensação ao valor da perda (WIKIPÉDIA, 2019).

³ Pena de morte(WIKIPÉDIA, 2019).

No contexto do direito Romano criou-se o termo “*stuprum*”, do qual deu origem à palavra atual estupro, que, de forma genérica, abrangia todos os atos sexuais e/ou libidinosos que fossem praticados contra homem ou mulher.

Em sentido próprio, significava desonra, vergonha e todas as relações carnais, como doutrina Prado (2001, p. 194)

O termo *stuprum*, no Direito Romano, representava, em sentido lato, qualquer ato impudico⁴, praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia. Em sentido estrito, alcançava apenas o coito com a mulher virgem ou não casada, mas honesta.

Na época das Ordenações Filipinas foi estabelecido que: “Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, quer forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello” (MESTIERE *apud* PRADO, 2001, p.193)

As Ordenações Filipinas previam no Livro V, Título XXIII, o estupro voluntário de mulher virgem que acarretava para o autor a obrigação de se casar com a donzela e, na impossibilidade do casamento, o dever de constituir um dote para a vítima. Caso o autor não dispusesse de bens era açoitado e degredado⁵, salvo se fosse fidalgo ou pessoa de posição social, quando então recebia tão somente a pena de degredo. O estupro violento foi inserido no Título XVIII e era reprimido com a pena capital. A pena de morte subsistia ainda que o autor se casasse com a ofendida após o crime (PRADO, 2001, p. 194).

2.1 A História do Estupro no Brasil

A legislação do crime de estupro no Brasil, nos dias atuais, se refere à violência contra todas as pessoas que sofrem algum tipo de abuso carnal, mostrando que tanto os homens quanto as mulheres podem ser violentados. A maior parte das vítimas que sofrem essa violência são os menores, abrangendo principalmente crianças e adolescentes de 08 a 18 anos.

⁴ O que é impudente, lascivo, luxurioso, sensual (WIKIPÉDIA, 2019).

⁵ Degredado é um termo português para um condenado ao exílio, situação corrente nos séculos XV a XVIII (WIKIPÉDIA, 2019).

Porém, antigamente, nos primeiros códigos criados, o crime de estupro era possível somente contra as mulheres, não havendo a forma passiva na figura masculina, deste modo, para entendermos como a prática desse crime e sua punição evoluíram, é de extrema importância conhecer a evolução histórica do crime de estupro, desde o primeiro código penal criado em 1830 até o atual criado em 1940.

2.1.1 Código Penal de 1830

Inicialmente criou-se o Código Criminal do Império do Brasil, sancionado em 1830, que trouxe inúmeras discussões a cerca dos crimes sexuais e principalmente o crime de estupro.

Conforme o referido Código Penal, o crime de estupro tinha a pena prevista de três a doze anos de detenção, mais um dote oferecido à família da ofendida, porém se a ofendida fosse prostituta, a pena para o agressor do crime era diminuída para um mês a dois anos, de acordo com a redação do artigo 222 do Código Penal 1830:

Art. 222. Ter copula carnal⁶ por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
Penas - de prisão por três a doze anos, e de dotar a ofendida.
Se a violentada for prostituta.
Penas - de prisão por um mês a dois anos.

É possível observar que o citado artigo faz referência à mulher honesta, ou seja, mostrando que havia um pré-julgamento sobre a vítima, e se ela, de alguma forma, com seu comportamento estaria concorrendo para que o estupro acontecesse.

Nos casos em que não ocorresse a conjunção carnal, entretanto, apenas a violência com fim libidinoso, a pena de prisão seria de um a seis meses e de multa correspondente à metade do tempo⁷.

⁶ Ligação sexual de um homem com uma mulher (WIKIPÉDIA, 2019)..

⁷ **Art. 223.** Quando houver simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.
Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela ofensa (Código Penal,1830).

Nas hipóteses em que vítima era menor de dezessete anos de idade e ocorria à prática da conjunção carnal, o autor era levado para fora da Comarca em que residia a vítima-menor, sendo obrigado a pagar-lhe um dote⁸.

Dentro desse contexto, existia punição para a pessoa que tirasse qualquer mulher de casa ou de lugar que estivesse - com uso de violência - possuindo a finalidade de praticar com elas qualquer ato libidinoso⁹.

Do mesmo modo, também era punido aquele que retirasse - a mulher virgem ou reputada a tal, que fosse menor de dezessete anos - de casa de seu pai, tutor, curador, ou qualquer outra pessoa que possuísse sua guarda, para fim libidinoso por meio de afagos e promessas¹⁰.

Entretanto, o Código Penal de 1830 criou possibilidades em que o autor do crime não era condenado a cumprir as penas previstas nos artigos sobre o crime de estupro.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

Art. 228. Seguindo-se o casamento em qualquer destes casos, não terão lugar as penas.

Ou seja, podemos notar aqui - por meio dos referidos artigos -, os primeiros exemplos de causa de extinção da punibilidade do agente no sistema penal, que futuramente vem sendo aprimorado com a evolução dos códigos e da sociedade.

2.1.2 Código Penal de 1890

No ano de 1890 promulgou-se um novo código penal, também chamado de Código Penal Republicano, conceituando o crime de estupro - em seu artigo 269¹¹ -,

⁸ **Art. 224.** Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta (Código Penal, 1830).

⁹ **Art. 226.** Tirar para fim libidinoso, por violencia, qualquer mulher da casa, ou lugar em que estiver.

Penas - de dous a dez annos de prisão com trabalho, e de dotar a offendida (Código Penal, 1830).

¹⁰ **Art. 227.** Tirar para fim libidinoso, por meio de affagos e promessas, alguma mulher virgem, ou reputada tal, que seja menor de dezasete annos, de casa de seu pai, tutor, curador, ou outra qualquer pessoa, em cujo poder, ou guarda estiver. Penas - de prisão por um a tres annos, e de dotar a offendida. (Código Penal, 1830).

¹¹ **Art. 269.** Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. (Código Penal, 1890).

como sendo o abuso com violência, praticado por homem contra a mulher, sendo ou não virgem.

No novo código, o artigo não abrangia a violência contra pessoas do mesmo sexo ou hipóteses em que a mulher seria a autora da violência. Além da violência física, o artigo 269, também se refere a qualquer tipo de violência, que interfira nas faculdades psíquicas da mulher.

O crime de estupro, quanto as suas punições, era tratado nos artigos 267 e 268, do novo código penal. No primeiro usava-se a expressão “deflorar¹²” para se referir ao ato de praticar conjunção carnal com uma mulher virgem e dispunha que tal pratica com menor de idade, empregando sedução, engano ou fraude sofria a pena de *prisão* *cellular*¹³ por um a quatro anos. Já no segundo artigo mencionado, em seu *caput* ofereceu proteção àquelas mulheres que já não possuíam mais sua virgindade, porém eram consideradas, pela sociedade, honestas. Sendo que nestes casos o agente era condenado a cumprir pena de prisão *cellular* por um a seis anos. Do mesmo modo, o artigo em seu parágrafo primeiro trouxe a proteção a mulheres que possuíssem vida pública ou fossem prostitutas, punindo o agente com prisão *cellular* por seis meses a dois anos.

É importante destacar que no parágrafo segundo do artigo 268, havia uma agravante de pena, que consistia em aumentar a quarta parte a pena se o crime fosse praticado com concurso de duas ou mais pessoas.

Na mesma linha de raciocínio, havia uma previsão de crime para aqueles que raptassem mulher honesta para fim libidinoso, disposto nos artigos 270 a 276 do Código de 1890.

O Código Penal Republicano assemelhava-se ao atual em seu artigo 272¹⁴, onde se presumia ser praticado com violência qualquer dos crimes especificados no capítulo onde tratava do crime de estupro, sempre que a ofendida fosse menor de 16 anos.

¹² fazer perder ou perder a virgindade; desflorar(-se), desvirginar(-se) (WIKIPÉDIA, 2019).

¹³ A prisão que representa um símbolo de opressão colonial, crueldade e sofrimento inimaginável (WIKIPÉDIA, 2019).

¹⁴ Art. 272. Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos(Código Penal, 1890).

Atualmente, esse instituto é chamado de estupro de Vulnerável (que será aprofundado nos próximos capítulos desse estudo), e a idade para se presumir a violência, atualmente, é de 14 anos.

Quando uma mulher sofria a violência do crime de estupro, esta deveria oferecer queixa privada no prazo de seis meses contados a partir do dia em que o crime foi cometido, caso assim não o fizesse, ocorria à prescrição¹⁵ do direito de ação, e tal agente ficava impune pelos seus atos.

Hoje, não mais há a possibilidade deste crime prescrever, pois é considerado crime hediondo, sendo de competência de o Ministério Público instaurar e ocupar o polo ativo da ação, pois esta passou de privada para pública incondicionada, não exigindo mais a representação por parte da ofendida.

2.1.3 Código Penal de 1940

Posteriormente, durante o período do Estado Novo no governo de Getúlio Vargas, por meio do decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, foi criado um novo código penal - atualmente vigente no Brasil -, e este, por sua vez não trazia consigo nenhuma novidade aos crimes sexuais.

Do mesmo modo que no Código Penal Republicano, o Código Penal de 1940 trazia em sua redação do artigo 213, que o crime de estupro somente poderia ser cometido contra a mulher no polo passivo, tendo como punição pena de reclusão de três a oito anos. O mesmo artigo, em seu parágrafo único, trazia um agravante de pena onde dispunha que caso o agente cometesse o crime contra menor de catorze anos a pena teria uma durabilidade maior, sendo de quatro a dez anos.

Os demais atos sexuais que não foram abrangidos pelo referido artigo, eram considerados como atentado violento ao pudor, tendo sua capitulação no artigo 214 do Código Penal de 1940.

¹⁵ Perda do direito de punir do Estado pelo seu não exercício em determinado lapso de tempo (WIKIPÉDIA, 2019).

Diante de não ter ocorrido muitas mudanças no novo Código Penal a cerca dos crimes sexuais, este, do mesmo modo, trazia consigo a expressão “mulher honesta” igual nas demais legislações, onde era realizado um pré-julgamento no comportamento da mulher- vítima, perante a sociedade¹⁶. O referido código previa pena de reclusão de dois a quatro anos ao homem que seduzisse mulher virgem, maior de quatorze anos e menor de dezoito anos, e com a mesma praticasse conjunção carnal.

O código também punia aquele que se aproveitasse da inexperiência da mulher seduzida ou de sua confiança¹⁷.

Para o crime de estupro o objeto jurídico é a liberdade sexual da mulher, uma vez que, esse tipo penal visa proteger a liberdade de escolha dos seus parceiros sexuais, bem como a autonomia de realizar os atos sexuais que desejar. Ou seja, o crime de estupro visa proteger a integridade e o direito de inviolabilidade que a mulher tem sob seu corpo.

O elemento subjetivo presente no crime estupro é o dolo, onde o agente deve possuir o ânimo de praticar tal conduta contra a vontade da vítima.

Contudo, no ano de 2009 foi sancionada a lei n.º 12.015, que englobou os delitos de estupro e atentado violento ao pudor em uma única capitulação penal, passando a ser um crime único de múltiplas ações.

2.2 As Alterações Trazidas Pela Lei 12.015 de 2009

Como sabemos, o Código Penal de 1940 permanece em vigor até os dias de hoje, porém, já ocorreram diversas alterações em sua redação.

Dentre todas as alterações sofridas, a que mais trouxe alterações foi a Lei nº 12.015 de 2009, a qual modificou, e alterou os crimes contra os costumes, hoje denominados crimes contra a dignidade sexual.

¹⁶ Vide artigos 215, *caput*, e artigo 126, *caput*, do referido código.

¹⁷ Vide artigo 217, *caput*, do Código Penal de 1940.

A grande mudança trazida no crime de estupro foi em seu conceito, que agora passou a ser definido como o “ato de constranger alguém, com emprego de violência ou grave ameaça, a com ele ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, conforme disposto no artigo 213, *caput*, código penal vigente.

Diante do novo conceito, é notável que agora o comportamento da vítima na sociedade não mais influencia na pena do referido crime, ou seja, não importa mais se a vítima é mulher honesta ou não, virgem ou não, da família ou não. Do mesmo modo, pode-se perceber que o crime de estupro não mais é praticado somente contra mulheres, agora, é possível a presença do sexo masculino no polo passivo da ação.

A alteração na redação do artigo 213 foi bem recebida pela doutrina conforme Bittencourt (2015, p. 49):

Considerando-se que o legislador unificou, com a Lei n. 12.015/2009 os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, poderia ter aproveitado para substituir as expressões que identificam essas duas figuras – conjunção carnal (estupro) e ato libidinoso diverso de conjunção carnal – por uma expressão mais abrangente, capaz de englobar os dois vocábulos anteriores como, por exemplo, “violação sexual mediante violência”. Esse vocábulo, além da dita cópula vagínica, abrange também, na linguagem clássica, as relações sexuais ditas anormais, tais como o coito anal e o sexo oral, o uso de instrumentos roliços ou dos dedos para a penetração no órgão sexual feminino, ou a cópula vestibular, em que não há penetração. A expressão “violação sexual mediante violência”, ademais, mostra-se mais atualizada, por seu alcance mais abrangente, pois englobaria também, além dos atos supraenunciados, as relações homossexuais (tidas, simplesmente, como atos libidinosos diversos da conjunção carnal), tão disseminadas na atualidade.

Com as alterações trazidas pela Lei nº. 12.015/09 nota-se que houve uma unificação entre o crime de estupro e o crime de atentado violento ao pudor, que agora se transformou em uma única figura delitiva, onde o agente comete duas condutas, mais apenas um crime, sendo excluído assim o concurso de crimes.

De todas as mudanças realizadas, a mais inovadora foi a criação do instituto do estupro de vulnerável – artigo 217-A -, que consiste na proteção ao menor de quatorze anos de idade, que na edição do Código Penal de 1940 não existia. Tal instituto não abrange somente os menores de quatorze anos, do mesmo modo, protege os deficientes mentais e os que por alguma enfermidade não tem capacidade de

discernimento para a prática do ato sexual e que não esteja em condições de oferecer resistência.

Assim, surgiram dois tipos de vulnerabilidade, a absoluta e a relativa, contudo somente a vulnerabilidade do menor de quatorze anos deve ser presumida, as demais devem ser devidamente comprovadas.

Outra novidade trazida pela lei é encontrada no artigo 218 do Código Penal, que também pune aquele que induzir menor de quatorze anos a satisfazer o desejo sexual de outrem, do mesmo modo, o artigo diz que praticar na presença de menor de quatorze anos ou induzi-lo a presenciar conjunção carnal ou ato libidinoso, a fim de satisfazer seus desejos sexuais ou de outra pessoa cometerá o crime de satisfação de lasciva mediante presença de criança ou adolescente, notando-se assim mais uma proteção ao menor vulnerável.

O menor vulnerável, nos dias de hoje, também se encontra protegido contra a exploração sexual, conforme disposto no artigo 218-B do Código Penal, que pune quem submeter, induzir ou atrair a prostituição ou outra forma de exploração sexual o menor que não tem discernimento ou possui alguma deficiência mental ou enfermidade.

3 DA TEORIA DO CRIME

A Teoria do Crime é uma matéria estudada da parte Geral do Código Penal, onde abrange diversos conceitos, dentro deles, o próprio conceito de Crime.

Na lição de Zaffaroni (*apud* MENEZES, 2013), chama-se teoria do delito:

A parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, quer dizer, quais são as características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse puramente especulativo, senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso concreto.

Para entender os efeitos do crime, faz-se necessária a análise de cada um de seus elementos, sendo estes o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade do agente.

Welzel (1970, p.57), dissertando a cerca do assunto, diz:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

Em outras palavras, para uma determinada conduta ser considerada crime, deverá estar prevista na lei (tipicidade), deverá ser juridicamente proibida (antijuridicidade) e deverá ser passível de reprovação (culpabilidade).

3.1 Fato Típico

Diante do que já visto, para que um fato seja considerado típico é necessário estudar a conduta do agente, o resultado, a relação entre a conduta praticada e o resultado alcançado e o enquadramento da conduta do agente a determinado tipo penal.

3.1.1 Conduta

A conduta é o primeiro elemento integrante do fato típico, uma vez que, conduta é sinônimo de comportamento, do mesmo modo, toda conduta deve encontrar adequação a um tipo penal.

Conduta, nada mais é do que toda ação ou omissão humana, dotada de voluntariedade e consciência, que tenha sido causa de um resultado típico. Dentro dessa explicação, há dois tipos de condutas: dolosa ou culposa.

Na conduta considerada dolosa, de forma geral, o sujeito ativo tem a vontade de cometer o crime, ou seja, quer o resultado material. Já na conduta culposa o sujeito ativo acaba por cometer o crime não por vontade, mas pela inobservância de deveres de cuidado, sendo eles: negligência, imprudência ou imperícia (GRECO, 2012).

A regra, para o Código Penal, é de que todo crime seja doloso. Somente sendo punida a conduta culposa diante de previsão legal expressa, conforme determina o parágrafo único do art.18: “**parágrafo único.** Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

3.1.2 Resultado

O resultado nada mais é do que a consequência trazida pela conduta praticada e que leva a uma modificação no ambiente exterior.

3.1.3 Nexo Causal

Outro elemento de caracterização do fato típico é a existência de um vínculo entre a conduta praticada e o resultado material, ou seja, o resultado deverá advir da ação/omissão do agente (JESUS, 1998).

A ideia do nexu causal encontra regramento no Art.13 do Código Penal Brasileiro: “Art.13. Resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”.

Para Rogério Greco (2015, p.221):

O nexu causal, ou relação de causalidade, é aquele e/ou necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ele produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade, e assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o seu causado.

3.1.4 Tipicidade

A tipicidade é a reunião, em um fato, de todos os elementos que constituem um delito. A tipicidade pode ser formal ou material.

A tipicidade formal tem como característica a subsunção, que consiste no enquadramento do fato concreto à aplicação de uma norma penal.

A tipicidade material dispõe que o fato ocorrido tem que ser relevante para o mundo do direito, ou seja, o ato praticado tem que violar o bem jurídico protegido pela a norma. Como exemplo, um agente furta uma escova de dente de uma grande farmácia, pode-se dizer que o bem jurídico da empresa – patrimônio – não foi violado, pois o valor do produto era insignificante (JESUS, 1998).

3.2 Ilícitude

A ilícitude, ou antijuridicidade, nada mais é do que a oposição entre o ato praticado e o ordenamento jurídico vigente. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico, é de forma ampla, abrangendo não somente a esfera penal, e sim todos os outros ramos do direito (GRECO, 2015).

Existe também, na ilícitude penal, a exclusão da antijuridicidade. Conforme disposto no Código Penal Brasileiro:

art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade.

II - em legítima defesa.

III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.

Quanto ao estado de necessidade, trata-se de causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir, prevista no artigo 24 do Código Penal (JESUS, 1998).

Quanto à legítima defesa é a causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. O conceito de legítima defesa está disposto no artigo 25 do Código Penal (JESUS, 1998).

Quanto ao estrito cumprimento de dever legal consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei. Ela dirige-se aos funcionários ou agentes públicos, que agem por ordem da lei. Não ficando excluído, o particular que exerce função pública, como perito, mesário da Justiça Eleitoral, etc. Quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições (JESUS, 1998).

Quanto ao Exercício Regular do Direito é aplicável ao agente que pratica uma conduta autorizada por lei, fazendo com que essa conduta se torne lícita. Por exemplo, a violência praticada no esporte (lutas marciais) é um exemplo de aplicação do exercício regular do direito (JESUS, 1998).

3.3 Culpabilidade

De acordo com o entendimento de Rogério Greco (2015, p.379): “a culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”.

Dessa maneira, a pena prevista, só poderá ser aplicada se o elemento da culpabilidade estiver previsto, levando em consideração a existência de um fato típico e ilícito.

Para que o adolescente infrator seja passível de culpabilidade é necessário analisar a presença dos seguintes elementos: Imputabilidade do agente, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Quanto à imputabilidade do agente, é o sujeito capaz de entender o caráter ilícito do fato praticado (capacidade de entender) e capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento (capacidade de querer). O Código Penal nos traz o conceito de sujeito inimputável no Art.26:

Art. 26 – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Além daqueles que possuem doença mental, também são considerados sujeitos inimputáveis os menores de 18 anos, ao fundamento de que presumidamente, possuem desenvolvimento mental incompleto.

Quanto ao potencial consciência da ilicitude, é a capacidade que o indivíduo tem de obter informações e dados que possam conscientiza-lo que determinada ação ou omissão é ilícita ou lícita (GRECO, 2015).

Quanto à exigibilidade de conduta diversa, o crime será culpável quando, na situação fática, era exigível que o indivíduo praticasse outra conduta que não o fato típico praticado (GRECO, 2015).

Existem duas hipóteses onde é inexigível do agente a prática de conduta diversa da conduta ilícita: coação moral irresistível ou obediência de superior hierárquico.

A coação moral irresistível é o emprego de grave ameaça para que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa, isto é, é a intimidação do sofrida pela vítima. Por exemplo, um criminoso sequestra a filha do gerente de um banco e ameaça matá-la se ele não lhe der todo o dinheiro disponível no cofre. O gerente não será responsável pelo crime de furto, pois estava sob coação irresistível.

Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

4 DA TEORIA DO ERRO

Preliminarmente, se faz necessário lembrar que para algum fato ser considerado crime, é imprescindível o preenchimento do trinômio finalista da Teoria do Crime visto no capítulo III deste trabalho, sendo eles: Fato Típico, Antijuridicidade ou Ilicitude, e Culpabilidade.

Se ausente qualquer um destes pressupostos não há que se falar em crime cometido. Deste modo, é importante entender aonde os erros incidem, ou seja, em qual requisito do crime que os erros estão sob o manto escusável ou não.

O erro de tipo, - que pode ser classificado em essencial ou acidental -, incide sobre o fato típico, excluindo o dolo, em algumas circunstâncias. No mesmo contexto, o erro de tipo, dentro da culpabilidade, age em torno da Potencial Consciência da Ilicitude¹⁸, que pode ou não excluir a reprovação da conduta por parte do agente (JESUS, 1998).

A aplicação da pena ao autor de uma infração penal somente é justa e legítima quando, no instante da conduta, este possuir capacidade de compreender o caráter ilícito do fato praticado. Conforme disposto no art. 20¹⁹, caput, do Código Penal, o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, quando previsto em lei.

4.1 Conceito de Erro e sua Distinção de Ignorância

O erro é uma falsa representação da realidade e a ele se equipara a ignorância, que é o total desconhecimento a respeito dessa realidade. Em outras palavras, erro é a visão equivocada dos fatos, quanto à ignorância é a falta de conhecimento do fato ilícito.

¹⁸ Potencial consciência de ilicitude é a capacidade que o indivíduo tem obter informações e dados que possam levá-lo a consciência que determinada ação ou omissão é ilícita ou lícita. Ausência de consciência da ilicitude, ou seja, o desconhecimento da ilicitude é uma circunstância atenuante da pena.

¹⁹ **Art. 20** - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Tipo é a descrição legal da norma proibitiva, ou seja, é a norma que descreve quais condutas são criminosas. Quando um indivíduo pratica uma conduta, ele se submete a descrição legal, configurando o crime, surgindo aí o “*ius puniendi*”²⁰ do Estado. Contudo, podem surgir circunstâncias que, se constatadas, excepcionarão o poder de punir do Estado. Nessas referidas exceções encontra-se o erro de tipo.

4.2 Erro de Tipo

O erro de tipo está disposto no Código Penal em seu art. 20, *caput* e ocorre, no caso concreto, quando o agente não tem consciência do ato praticado, ou seja, imagina estar praticando uma conduta lícita, quando na verdade está praticando uma conduta ilícita, mas que por erro, acredite ser lícita.

Neste caso, o erro de tipo diz respeito ao elemento cognitivo, o dolo, a vontade livre e consciente de praticar o crime, desse modo, de acordo com o que dispõe o art. 20, *caput*, o erro de tipo exclui o dolo e, portanto, a própria tipicidade.

Em outras palavras, o erro de tipo é a falsa percepção do agente no que tange à realidade que o circunda. É importante que esta falsa percepção da realidade recaia sobre os elementos constitutivos do tipo legal.

Por exemplo, o elemento constitutivo do tipo penal de furto (artigo 155, *caput*, do Código Penal²¹) é a coisa alheia móvel. Imagine a situação do agente que está saindo cheio de compras de um Shopping Center movimentado e entra em um carro de terceiro de mesma cor e modelo, acreditando veementemente se tratar de seu próprio carro.

Deste modo, nota-se que no exemplo dado o agente não se dá conta que está subtraindo o carro que pertence a outrem. Objetivamente, verificamos que ele pratica o tipo penal do furto, porém não se dá conta disso, pois acredita que está apenas conduzindo o seu próprio veículo.

²⁰ *ius puniendi* é uma expressão latina que pode ser traduzida literalmente como *direito de punir* do Estado. Refere-se ao poder ou prerrogativa sancionadora do Estado. Etimologicamente, a expressão *ius* equivale a *direito*, enquanto a expressão *puniendi* equivale a *castigar*, de forma que tanto se traduzi-la literalmente como o *direito de punir* ou *direito de sancionar*. (Wikipédia 2019).

²¹ **Art. 155** - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Dentro deste contexto, a erro de tipo pode apresentar-se de três formas, quais sejam, o erro essencial, acidenta e erro determinado por terceiro.

4.2.1 Erro Essencial

De acordo com Damásio de Jesus (2009, p.352), o erro essencial é conceituado como aquele que ocorre “quando a falsa percepção impede o sujeito de compreender a natureza criminosa do fato” e atua nos elementos constitutivos do tipo.

Em outras palavras, o erro de tipo essencial exclui sempre o dolo, tornando a conduta atípica, pois sabe que o agente não tem a capacidade de perceber que comete um crime.

Por exemplo, o Art. 121, *caput*, do Código Penal²² afirma que homicídio é “Matar alguém”. Contudo, se alguém mata uma pessoa durante uma caçada achando que era um animal, pode-se dizer que substituiu “alguém” do tipo penal por “animal”, causando um erro sob os elementos que constituem o crime. O agente agiu com dolo, pois queria matar, mas não “alguém” e sim um “animal”. Deste modo, deve analisar se o erro cometido pelo autor era evitável ou inevitável (circunstâncias estas que irão definir a punição ou não do infrator).

O erro essencial por sua vez se desdobra em duas modalidades:

- a) Invencível ou escusável: que é aquela que observa quando o resultado ocorre, mesmo que o sujeito tenha praticado toda diligencia necessária, ou seja, o erro não poderia ser evitável, de qualquer outra forma o crime seria cometido. O erro essencial invencível exclui o dolo e a culpa. Presente modalidade está disposto no artigo 20, § 1º do Código Penal.

²² **Art. 121.** Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

b) vencível ou inescusável: é que ocorre quando o sujeito, agindo com imprudência ou negligência, acaba atuando subitamente, cometendo um crime que poderia ter sido evitado. Deste modo, nessa modalidade de erro de tipo, há a exclusão do dolo, porém subsiste a culpa, desde que previstos em lei o crime culposos.

Voltando ao exemplo do caçador, suponhamos que o agente use óculos para enxergar e na ocasião não estava portando-os, fazendo com que o mesmo enxergasse apenas vultos e imagens desfocadas. Caso ele estivesse utilizando seus óculos teria a visão perfeita e talvez distinguísse uma pessoa de um animal.

4.2.2 Erro Acidental

Do mesmo modo, Damásio de Jesus (2009, p. 360), conceituou o erro acidental como sendo aquele que: “não versa sobre os elementos ou circunstâncias do crime, incidindo sobre dados acidentais do delito ou sobre a conduta de sua execução. Não impede o sujeito de compreender o caráter ilícito de seu comportamento”.

Em outras palavras, é aquele que recai sobre elementos secundários e irrelevantes da figura típica e não impede a responsabilização do agente pelo crime, ou seja, não extingue nem o dolo e nem a culpa.

Neste caso, inclusive, tanto faz se o erro for evitável ou inevitável, pois de qualquer forma o agente responderá pela conduta que praticou.

Há cinco casos de erro acidental:

a) Erro sobre o objeto (*error in objecto*) que ocorre quando o sujeito acredita que sua conduta recai sobre determinada coisa, sendo que na realidade recai sobre outra.

Por exemplo, é o caso do sujeito que subtrai sal supondo ser farinha.

b) Erro sobre pessoa (*error in persona*) que ocorre quando o sujeito em sua ação criminosa visa determinada pessoa, mas por erro de representação da realidade, atinge outra.

c) Erro na execução (*aberratio ictus*) que é quando o sujeito, através de uma execução imperfeita, acaba atingindo um terceiro que, em princípio, não fazia parte do seu animus.

d) Resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*) que é quando o sujeito pretende atingir um bem jurídico, mas, por erro em sua execução, este atinge um bem diverso.

Ou seja, aqui não se trata de provocar mal a outrem, mas sim de cometer um crime no lugar de outro. Por exemplo, João empurra Maria para que a mesma saísse de perto. Maria cai batendo a cabeça vindo a óbito.

e) Dolo geral (*aberratio causae*) que é quando o erro recai sobre o nexo causal, ou seja, o sujeito, na suposição de já ter consumado um crime, realiza nova conduta, pensando tratar-se de mera perícia, atingindo assim, a consumação.

Por exemplo, Pedro quer matar João afogado e joga-o da ponte, porém João veio a óbito por conta da queda.

4.2.3 Erro determinado por terceiro

Aqui, o sujeito responde pelo crime na forma do art. 20, § 2º do Código Penal. Com base no exemplo dado pelo professor Mirabete (2009, p. 98), para a melhor compreensão da hipótese:

Suponha-se que o médico, desejando matar o paciente, entrega à enfermeira uma injeção contendo veneno, afirma que se trata de um anestésico e fez com que ela aplique. Conclui-se que a enfermeira não agiu dolosamente, mas por um erro que terceiro determinou, neste caso apenas o médico responde pelo crime de homicídio.

No erro determinado por terceiro, temos um erro induzido, figurando dois personagens: o agente provocador (autor mediato) e o agente provocado (autor imediato). Trata-se de erro não espontâneo que leva o provocado à prática do delito.

Dentro do erro determinado por terceiro há duas modalidades:

- a) Espontânea que é quando o sujeito cai em erro sem ser provocado por terceiro.
- b) Provocada que é quando o sujeito é induzido por terceiro a cometer o crime.

4.3 Erro nas Discriminantes Putativas

Em seu livro de curso de direito penal, Fernando Capaz (2011, p.249), ofereceu ao estudante o conceito do que seriam as discriminantes putativas de forma simples e objetiva. Seu texto explicava que as discriminantes putativas

É a causa excludente da ilicitude erroneamente imaginada pelo agente. Ela não existe na realidade, mas o sujeito pensa que sim, porque está errado. Só existe, portanto, na mente, na imaginação do agente. Por essa razão, é também conhecida como discriminante imaginária ou erroneamente suposta.

A discriminante putativa ocorrerá sempre em que o erro cometido pelo agente seja absolutamente justificado pelas circunstâncias.

Já vimos também anteriormente no capítulo III deste trabalho que existem três formas de se excluir a ilicitude de um fato, referidas formas consistem em estado de necessidade, legítima defesa, o exercício regular do direito putativo e o estrito cumprimento do dever legal.

Aqui, partimos do mesmo conceito aprendido no referido capítulo, ressaltando que a única diferença entre eles é que nos casos das discriminantes putativas, o agente encontra-se num estado imaginário de toda a situação, vivendo completamente fora da realidade, não se encontrando realmente em perigo.

5 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Aqui entraremos no mérito do tipo penal Estupro de Vulnerável, que foi inserido no atual ordenamento jurídico por meio da criação da Lei n.º 12.015 de 2009, substituindo o antigo artigo 224 do Código Penal que tratava da presunção de violência.²³.

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.

Entrando na esfera do crime em questão, Damásio de Jesus (2011, p.159) conceituou o estupro de vulnerável com sendo: “A realização de qualquer ato libidinoso (contato sexual tendente à satisfação da lascívia), consensual ou não, com pessoas em situação de vulnerabilidade”.

O Código Penal compreendeu o conceito de vulnerabilidade na forma absoluta ou relativa.

²³ “HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. LEI 12.015/09. NOVA TIPIFICAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. MULTIPLICIDADE DE ATOS LIBIDINOSOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. A Lei 12.015/09 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Repressivo, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), ambos do CP. 2. Reconhecida a tese de crime único pela Corte Estadual, a quantidade de atos libidinosos deve ser sopesada na aplicação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, pela desfavorabilidade das circunstâncias do crime.” (STJ, HC 171243 / SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, j. 16/08/2011).

No referido artigo 217-A é considerado vulnerável o menor de catorze anos de idade ou aquele acometido de doença mental ou enfermidade, que seja destituído de capacidade para consentir com o ato ou de oferecer resistência. Trata-se de vulnerabilidade na sua forma absoluta. De acordo com o Código Penal o menor de 14 anos não pode consentir com o ato sexual.

O estupro de vulnerável é considerado crime hediondo em todas as suas formas, previsto na Lei n. 8.072/90, art. 1º, inciso VI. A progressão ocorrerá somente após 2/5 (dois quintos) de cumprimento da pena, se for réu primário, ou 3/5 (três quintos), se reincidente. O prazo da prisão temporária passa a ser de 05 (cinco) dias, dos crimes comuns, para 30 (trinta) dias.

Para a concessão de livramento condicional, o prazo também é diferenciado, neste caso, o condenado deve cumprir mais de 2/3 (dois terços) da pena, desde que não seja reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados. Contudo, são vedados a anistia, graça, indulto e fiança.

5.1 Presunção da Violência

Antes da Lei 12.015 de 2009, o crime de estupro não trazia em seu corpo a presunção de violência nos casos caso a vítima fosse menor de catorze anos.

Contudo, havia no Código Penal de 1940 uma norma de extensão - sem a qual é absolutamente impossível enquadrar a conduta ao fato típico -, disposto no artigo 224, alínea a, (atualmente revogado pela referida lei)²⁴ onde trazia a presunção de violência em face da idade da vítima, entendendo que no momento em que ela ocorre o crime deve ser punido de forma mais rigorosa.

Para aplicar o artigo 224, era necessário combina-lo com o artigo 213, deste modo, era possível aplicar uma pena mais justa quando a vítima de estupro possuísse menos de catorze anos.

²⁴ **Art. 224** - Presume-se a violência, se a vítima: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) **a)** não é maior de catorze anos (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009).

No início da década de 80, nossos Tribunais, especialmente os Superiores, iniciaram um questionamento à cerca da presunção de violência constante no revogado art. 224, alínea a, do Código Penal, passando a entendê-la, em alguns casos, como relativa, argumentando que a sociedade do final do século XX e início do século XXI haviam modificado consideravelmente, e que os menores de catorze anos não exigiam a mesma proteção daqueles que viveram na época da edição do Código Penal, em 1940.

No entanto, havia um desentendimento entre a doutrina e jurisprudência a cerca desse assunto, onde se discutia se a presunção era de natureza *iuris tantum* (relativa) ou de natureza *iuris et de iure* (absoluta).

Em algumas situações foi afastada a presunção de violência, com base no comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. Momento em que, fora esquecido que aquele artigo havia sido criado justamente para proteger os menores e punir aqueles que, deixavam aflorar seus libidos com crianças ou adolescente ainda em fase de desenvolvimento.

Atualmente, com o intuito de cessar essa divergência, surgiu em nosso ordenamento jurídico penal, através da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, o delito denominado estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima.

Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de catorze anos, pois no crime em questão a violência é considerada presumida e a vulnerabilidade absoluta²⁵.

²⁵ (1) PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAL MÁXIMO DE AUMENTO PROPORCIONAL AO NÚMERO DE INFRAÇÕES. ACÓRDÃO ESTADUAL EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO DESPROVIDO. - **A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de "a presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto**, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima" (ut, EREsp 1.152.864/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 01/04/2014). - É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade deve levar em conta o número de infrações cometidas. - Incide o enunciado n. 83/STJ quando a decisão proferida pelo Tribunal de origem encontra-se em harmonia com a jurisprudência

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, editou a súmula 593 com a seguinte redação:

Súmula 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

5.2 Elementos do Tipo

Os elementos do tipo penal estudado são divididos em: elementos objetivos e elementos subjetivos.

O elemento objetivo do crime consiste na prática de “ter conjunção carnal²⁶ ou “praticar outro ato libidinoso²⁷” com pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, não sendo necessário o emprego de violência ou grave ameaça.

desta Corte. Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no AREsp: 545043 RO 2014/0170733-5, Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 16/10/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2014).

(2) PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. RECONHECIMENTO DE ATENUANTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. **Entende esta Corte que o consentimento da vítima não é capaz de afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável, pois a presunção de violência é absoluta na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos.** 3. Até mesmo os delitos de estupro e atentado violento ao pudor praticados antes de vigente a Lei 12.015/2009, ainda que cometidos mediante violência presumida, consideram-se hediondos. 4. Não tendo o Tribunal analisado o pleito de aplicação da atenuante prevista no inciso I, do art. 65, do Código Penal, não pode esta Corte conhecer originariamente da matéria, sob pena de supressão de instância. 5. No tocante ao pleito de atenuação da reprimenda, com base no desconhecimento da lei, não bastassem os fundamentos exarados pelo Tribunal para o respectivo afastamento, não comprovaram os impetrantes que o paciente desconhecia o caráter ilícito do fato, não havendo motivos para a aplicação do benefício. 6. Habeas corpus não conhecido (STJ - HC: 256402 PR 2012/0211761-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 05/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/04/2016).

²⁶ Conjunção Carnal: é a cópula vaginal, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. É irrelevante verificar se a introdução foi completa ou parcial.

²⁷ Ato libidinoso: São outras formas de realização do ato sexual que visa a satisfação do prazer do agente. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual.

Portanto, pode-se dizer que é a realização de qualquer contato sexual que almeje a satisfação da lascívia do agente, praticada contra os considerados vulneráveis pelo Código Penal.

O elemento subjetivo do crime é o dolo. Onde se exige a consciência e a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, devendo ser o agente conhecedor da condição de vulnerabilidade do sujeito passivo. Não sendo assim, o agente recai sobre o erro, elemento constitutivo do tipo penal, capaz de afastar o elemento subjetivo em questão, e com isso, tornar atípica a conduta praticada, conforme disposto no artigo 20, caput, do Código Penal²⁸.

5.3 Sujeitos do Crime

O estupro de vulnerável pertence aos crimes comuns, podendo ser praticado por qualquer indivíduo, seja ele homem ou mulher.

Rogério Greco (2015, p.535) ressalva que:

Quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar nessa condição.

Contudo, ao se tratar do polo passivo deve, necessariamente, ser a vítima vulnerável, isto é, menor de catorze anos ou aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

O menor de idade, por causa de sua imaturidade, não pode validamente consentir a prática de atos sexuais, pois se presume que o menor de catorze anos, ainda não desenvolveu sua personalidade por completa, não sendo possível ter ciência do significado de um ato sexual.

²⁸ APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE TIPO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. SUPOSTO DESCONHECIMENTO ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO AFASTADA. Havendo fundada dúvida de que o acusado não tinha convicção de que manteve relação sexual com alguém menor de 14 anos, exclui-se o dolo, isto porque incorreu em erro escusável sobre a elementar do crime de estupro de vulnerável relativa à idade da menor, impondo-se, pois, a absolvição. APELO CONHECIDO E PROVIDO (TJ-GO - APR: 04186401720118090117, Relator: DR(A). FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 23/03/2017, 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2322 de 04/08/2017).

Em seu estudo, Damásio de Jesus (2011, p.160) exemplifica as circunstâncias necessárias para caracterizar estupro de vulnerável em relação à idade de catorze anos:

Se o crime é cometido no dia em que a vítima completa catorze anos, não incidirá a figura em estudo. A idade da vítima prova-se pela certidão de nascimento. [...] A partir do dia de seu 14º aniversário, o adolescente somente será vítima de crime sexual decorrente da realização, com este, de atos libidinosos em dois casos: 1.º) se o ofendido, embora voluntário o ato, encontra-se em situação de prostituição ou outra forma de exploração sexual, quando se aperfeiçoará o delito tipificado no artigo 218-B §2.º; 2.º) se o contato sexual for realizado contra a vontade do sujeito passivo, configurando a conduta crime de estupro qualificado (art.213 §1.º) ou violação sexual mediante fraude (art. 215). No que toca a caracterização do estupro qualificado em face da prática de ato libidinoso com adolescente no dia de seu 14.º aniversário, calha repisar que deve ter incidência a qualificadora do § 1.º do artigo 213.

Agora, tratando-se daqueles 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, não importa a idade do ofendido apenas sua condição

Neste caso, deve-se comprovar o déficit intelectual pericialmente, não sendo suficiente somente a alegação. Do mesmo modo, o agente deve ter conhecimento a cerca da doença da vítima, não bastando o dolo eventual. Em situação em que a deficiência não é perceptível, o fato é atípico²⁹.

Simplificando, caracterizará vulnerabilidade quando a vítima não puder oferecer nenhum tipo de resistência, sendo ela por culpa do agente ou não. Por exemplo: enfermidade, paralisia de membros, sono mórbido, desmaio, estado de embriaguez alcoólica, delírio etc.

²⁹ APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTRA VÍTIMA COM DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO. ARTIGO 217-A, § 1º DO CÓDIGO PENAL. ERRO DE TIPO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Correta a absolvição do denunciado que não tinha consciência da condição mental da vítima - elemento constitutivo do delito previsto no art. 217-A, § 1º, do Código Penal - incorrendo em erro de tipo escusável ou inevitável, que exclui o dolo da conduta. Hipótese em que tampouco os demais familiares tinham ciência do desenvolvimento mental incompleto da vítima, que estudava, trabalhava e se relacionava sexualmente com outros rapazes. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70074927500, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 29/11/2017).(TJ-RS - ACR: 70074927500 RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 29/11/2017, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/12/2017)

Damásio de Jesus (2011, p.161) abre um parêntese para distinguir o artigo 217-A do artigo 215 do Código Penal:

A elementar que caracteriza o estupro de vulnerável não se confunde com aquela contida no artigo 215 do CP (violação sexual mediante fraude), decorrente do emprego de meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima. Deve-se verificar a situação do ofendido: se nula sua capacidade de resistência, terá sido vítima de estupro de vulnerável (artigo 217-A); se reduzida, haverá crime de violação sexual mediante fraude (artigo 215).

5.4 Ação Penal

Nos termos da nova redação dada ao parágrafo único do artigo 225 do Código Penal pela Lei n.º 12.015/09, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, tendo em vista a vulnerabilidade da vítima.

6 DO ERRO DE TIPO E DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Como é notório, em nosso ordenamento jurídico e em nossa jurisprudência, haverá hipóteses em que incidirá o erro sobre o tipo penal sempre que o agente desconhecer, equivocar-se ou enganar-se acerca de um dos elementos da tipificação do crime (conduta, pessoa, coisa etc.).

Enquadrando o erro de tipo na esfera do crime de estupro, a única hipótese em que cabe o referido instituto é acerca da idade da vítima. Isto é, o erro de tipo incidirá sempre em que o agente, ao praticar a conduta descrita no caput do artigo 217-A do Código Penal, se enganar a relação à idade real da vítima.

Como por exemplo, podemos imaginar o agente que está no interior de uma casa noturna restrita a pessoas que contem 18 anos idade, e conhece uma garota de 13 anos, momento em que, sem perguntar a idade dela ou diante de uma omissão, pratica, com ela, ato sexual.

Diante dessa situação, poderá ser alegado o chamado erro de tipo, a fim de afastar a presunção de violência no que diz respeito ao ato sexual praticado com vítima menor de 14 anos. Assim, poderá o magistrado absolver sumariamente o réu, com fulcro no inciso II do artigo 397 do Código de Processo Penal, uma vez que este se encontra diante de uma causa manifesta de excludente de atipicidade da conduta do agente.

É notório que as circunstâncias induziram o agente ao erro, não podendo ele ser apenado pela conduta descrita no artigo 217-A do Código Penal, haja vista não ter ele qualquer intenção de praticar o ilícito penal.

De qualquer modo, nesses casos, é fundamental a abrangência do dolo do agente, que, necessariamente, deve ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa nas condições do atual artigo 217-A do Código Penal. Se assim não o for, ocorrerá o erro do tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, haja vista não ser admissível a forma culposa.

O erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama erro de tipo, ou seja, o erro quanto a um dos elementos integrantes do tipo. A jurisprudência do tribunal reconhece a atipicidade do fato somente quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos³⁰.

É evidente que, em alguns casos, a violência ficará claramente demonstrada, como por exemplo, nas hipóteses em que a violência sexual cometida contra vítima de tenra idade, entretanto, nos casos em que ficar suficientemente demonstrado que a suposta vítima tinha plenas condições de entender o caráter do ato praticado, a vulnerabilidade deveria deixar de ser absoluta.

6.1 CONSENTIMENTO DO MENOR DE IDADE SEGUNDO O ECA

Agora veremos sobre a possibilidade da vulnerabilidade - em relação ao menor de 14 anos - poder ser considerada casuística³¹, possibilitando a comprovação da validade pelo consentimento do menor.

Para iniciarmos, é de suma importância entender que o Direito não deve ser estático, mas, por força das ligeiras transformações sociais, nem sempre consegue acompanhá-las. Por isso, o Direito mistura-se tantas vezes em empecilhos ao desenvolvimento da sociedade.

E, nesse aspecto, é evidente o valor da jurisprudência, pois esta vem à frente do legislador e é para ele fonte de inspiração. Em tantos temas de direito privado, de direito público ou de direito penal, as decisões do Judiciário foram dando interpretação às leis e disciplinaram relações fáticas, para cujas soluções não havia lei expressa.

³⁰ (STF, RHC 79788/MG, 2.^a T., j. 02.05.2000, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 17.08.2001, p. 52, ementa parcial).

³¹ Exame de casos particulares e cotidianos em que se apresentam dilemas morais, nascidos da contraposição entre regras e leis universais prescritas por doutrinas filosóficas ou religiosas e as inúmeras circunstâncias concretas que cercam a aplicação prática destes princípios (WIKIPÉDIA, 2019).

O ECA, Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, é considerado o guardião das crianças e dos adolescentes em desenvolvimento, e tem como objetivo assegurar que estes tenham um crescimento saudável, nos diversos aspectos, sejam físicos, psíquicos, morais, de inter-relacionamento social.

Apesar de reconhecida a necessidade de conceder tratamento diferenciado aos menores de idade, o ECA não trata os adolescentes como pessoas totalmente incapazes. Constata-se em seu texto que é reconhecida a capacidade do adolescente de entender o caráter ilícito de seus atos, tornando válido seu consentimento.

Deste modo, seguindo tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser analisado, para enfrentar a questão posta neste trabalho, buscando saber se o estupro de vulnerável por violência presumida se qualifica como crime e, pior, como crime hediondo.

É necessário levar em consideração que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, *caput*,³² dispõe que o menor é considerado adolescente dos doze aos dezoito anos de idade, podendo cumprir medidas socioeducativas. Deste modo, lembra Carlos Antônio R. Ribeiro (2011, p.216) que:

Se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual.

Parece claro que, ao se interpretar um Código criado em 1940, é preciso adequá-lo aos dias atuais, considerando os valores da contemporaneidade, para que as decisões sejam corretas.

Analisando a legislação penal, praticar conjunção carnal ou ato libidinoso diverso daquela, com um menor de catorze anos configura crime de estupro, nesse caso é irrelevante o consentimento do menor para a prática do ato sexual, pois o

³² **Art. 2º** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

legislador entende que tal consentimento não tem capacidade para eximir a conduta do agente.

Entretanto, esse entendimento provoca grande polêmica no mundo jurídico, pois gera a chamada responsabilidade objetiva - onde não se discute o dolo do agente, pois a simples prática da ação tipificada gera a aplicação das penas da lei -, sem apreciar se era vontade do agente ativo praticar o estupro, suprimindo inclusive, a vontade do agente passivo para a prática sexual.

É fato que ainda existem comunidades onde adolescentes não são totalmente esclarecidos acerca da sua sexualidade, fazendo parte de uma estrutura ainda ligada a valores éticos e morais já considerados antiquados nos centros urbanos, e por esse motivo, ainda não fazem parte da era digital, não tendo acesso às mídias em massa e nem a programas educativos do governo. Da mesma forma, não se insinua que o comportamento da vítima sirva de pretexto para a prática forçada de um ato sexual ou libidinoso por parte de um adulto.

O objetivo é demonstrar que se a vontade do adolescente é válida para se sujeitar a medidas punitivas do ECA, ela, do mesmo modo, deve ser válida quando tratar-se desse tipo de crime, visando evitar que o agente seja constrangido e punido, por um fato que, tratando-se de maior de quatorze anos, seria irrelevante para o Direito Penal.

Apelação criminal. Estupro e atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Sentença absolutória. Consentimento para o ato sexual. Relativização da presunção de violência. Revogação do edito absolutório. Inviabilidade. 1 – **Ressaindo dos autos, que a vítima, menor de 14 anos, apresenta maturidade precoce, no plano da sexualidade e da emoção, em face das circunstâncias da vida, e tinha, desse modo, plena consciência de seus atos, consentindo com a prática sexual**, torna-se imperativa a manutenção da sentença absolutória, relativizando-se a presunção legal de violência. Recurso conhecido e improvido (TJGO, ApCrim 200903913288, Goiânia, rel. Des. Itaney Francisco Campos, DJ-GO 05.02.2010, p. 189).

O limite de idade estabelecido pelo Código Penal deveria ser simbólico, sendo necessário considerar o desenvolvimento e a personalidade do menor de forma individualizada a fim de constatar seu nível de consciência e maturidade.

7 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A compreensão do Direito Penal, enquanto instrumento de controle social, dispõe de uma interpretação de que determinados fatos sociais, em tese, contradizem o ordenamento e, como tal, dariam autenticidade à norma penal incriminadora.

É certo que o Direito busca a harmonia da vida em sociedade, ou seja, visa uma exigência essencial para uma convivência boa e ordenada, e não apenas uma regra ou um comando a ser imposto.

Desse modo, o legislador - no processo de criação de normas - e o intérprete - no momento de apreciar o caso concreto -, não pode se esquecer dos fatos sociais que regem a sociedade, devendo se questionar se o fato apresentado representa uma afronta ao ordenamento jurídico e à própria sociedade.

Toda norma existente deve ser em virtude de um valor determinante para um comportamento ser declarado obrigatório. Essa valorização se dá mediante um juízo. Trata-se de juízo de valor, no qual é atribuído certa qualidade a um ser.

Nas clássicas palavras de Welzel (*apud* OLIVEIRA, 2010):

É missão do Direito Penal amparar os valores elementares da vida da comunidade... Desta forma, por trás da proibição de matar está o pensamento primário que tende a assegurar o respeito pela vida dos demais... Resulta claro que a segurança de todos somente se garante suficientemente, quando se assegura o respeito pela vida alheia.

Disso pode-se afirmar que o contexto social é uma das fontes, senão a mais importante, da qual deve o intérprete se basear. Interpretar é desvendar o sentido da norma, buscando o significado dos preceitos jurídicos, dando sentido apropriado para a vida real.

Em outras palavras, a norma existe em função da sociedade presente nela e na vida social, que não é igual à vida social passada e não será a mesma da futura.

Se uma norma foi criada no passado, esta deve evoluir a fim de melhor servir às novas exigências sociais. É competência do magistrado, ao interpretar uma norma penal incriminadora, ter sua atenção voltada para a sociedade e, assim, não realizar juízo de adequação fática, para que, desse modo, possa garantir a proteção da dignidade humana.

É certa que tal princípio não é estático, como também a sociedade. Assim, é possível que determinadas condutas que já foram entendidas com atípicas deixem de ser toleradas. Como por exemplo, tem acontecido com várias atividades envolvendo crueldade com animais, é o caso da “Farra do Boi” no estado de Santa Catarina, que embora associada ao folclore e à cultura do povo local, foi proibida desde 1997, considerada atualmente conduta típica, em razão da intolerável crueldade praticada.

O Direito Penal tem uma função ainda mais importante do que a mera punição de comportamentos humanos. O Direito Penal busca reafirmar certos valores sociais e, como consequência, proteger bens jurídicos considerados importantes.

Como a realidade social vive em constante mutação, determinadas condutas, consideradas típicas, podem ser aceitas e adequadas à sociedade. Tal fato demonstra que a lei e o Direito não conseguem evoluir na mesma intensidade que a sociedade e suas relações, então, nesses casos, aplica-se o princípio da adequação social como forma de afastar a atipicidade.

A adequação social, nada mais é, do que princípio em que se reconhece que apesar de uma conduta se enquadrar em um tipo penal, ela não será considerada típica, pois se trata de algo socialmente aceitável, ou seja, é uma conduta compatível com a ordem social estabelecida.

Dessa forma, pode-se salientar que esse princípio se constitui a partir de um critério de subjetividade de aceitação ou reprovação, determinado pela sociedade, e que, por vezes, se desdobra em uma exteriorização a ser materializada pelo legislador e pela comunidade jurídica.

Violência ficta. Vítima com 12 anos de idade à época do fato. Presunção de violência. Relativa. **Considerando as profundas transformações sociais e culturais da atualidade, não é mais possível considerar de caráter absoluto a presunção de violência contida no art. 224, a, do CP (LGL\1940\2), mostrando-se indispensável à análise das peculiaridades do caso concreto.** Vítima que contava com 12 anos de idade à época do fato, **porém demonstrava maturidade para se determinar quanto à conveniência ou não da relação sexual.** Dúvida quanto à ocorrência do verbo 'constranger', essencial para a configuração do crime de estupro. Absolvição declarada. Apelo provido. Unânime. (TJRS, ApCrim 70029846995, Garibaldi, 8.^a Câm. Crim., j. 12.08.2009, rel. Des. Danúbio Edon Franco, *DJE-RS* 18.09.2009, p. 168).

A vida em sociedade impõe riscos que não podem ser punidos pelo Direito Penal, como por exemplo, o transporte, usinas, mas são consideradas socialmente adequadas, afastando a interferência do Direito Penal.

Deste modo, o professor Wedsley Ferreira de Paula, definiu que o princípio da adequação social possui dupla função.

A primeira função é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade.

A segunda função se dirige ao legislador em duas vertentes: a) orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com o fim de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que o legislador pretende tipificar for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la através do Direito Penal. b) destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade.

Tendo como norte o princípio da adequação social, o legislador deverá distinguir quais as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer a reprimenda do Direito Penal.

Assim, para o Doutor TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL "o Princípio da Adequação Social é como uma balisa que busca refletir os anseios e costumes da sociedade, adequando o Ordenamento Jurídico com o senso de justiça coletivo".

Esse fato ocorre por dois preponderantes fatores, o primeiro se alicerça na necessidade de constante adaptação a evolução da sociedade e, por consequência, evitar a defasagem das normas. Ao passo que a segunda evita que o Direito se materialize como uma simples forma de vingança, de cunho público ou privado.

8 CONCLUSÃO

O princípio da adequação social limita o poder de punir do estado, afastando a tipicidade da conduta, quando o interprete observar a aceitação e reconhecimento do ato pela sociedade.

É certo que a aplicação da adequação social é temida, não sendo aceito por muitos doutrinadores, por causar o receio de gerar uma insegurança jurídica. Porém, todavia, a sua aplicação é decisiva para solucionar determinados problemas, entre eles a questão da incriminação no crime de estupro de vulnerável.

Com a criação do crime de estupro de vulnerável pela Lei 12.015/09, encerrou-se a discussão sobre a presunção de violência, tornando-a absoluta em todos os casos. O Supremo Tribunal Federal entendia ser absoluta a presunção de violência, em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça entendia ser relativa à presunção de violência, devendo ser comprovado que a vítima tinha capacidade de consentir a prática do ato libidinoso.

Diante desse confronto de entendimentos, a presunção de violência do artigo 224 do Código Penal foi revogada pela Lei 12.105/09, que tipificou o estupro de vulnerável. O legislador adotou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quanto à natureza absoluta da presunção de violência. Diante da positivação desse entendimento, forçou uma análise objetiva do artigo, de forma que basta estar nas situações descritas em lei para ser sujeito ativo do crime.

Essa interpretação é equivocada, pois limita uma análise mais complexa acerca da existência da autonomia. Do mesmo modo, verifica-se que mesmo se o caso se enquadrar em uma das situações previstas no art. 217-A do Código Penal, é possível que haja autodeterminação sexual.

Esse pensamento só é possível porque a sexualidade é introduzida pela cultura influenciando no amadurecimento do indivíduo. A sexualidade é apresentada às pessoas desde cedo – até mesmo dentro das escolas e programas de governo -, antecipando o amadurecimento e a autodeterminação sexual, assim, é nítido como o meio social pode interferir na autodeterminação sexual de um vulnerável.

É certo que a efetiva interpretação do artigo 217-A, gera uma extinção da liberdade sexual. A liberdade sexual é limitada quando os aspectos sociais não permitem que o vulnerável tenha sua capacidade de escolha, sua autodeterminação - autodeterminação que varia de um indivíduo para o outro, não podendo a lei generalizar. Não me parece justo equiparar todos os adolescentes ao patamar de vulneráveis, pois nem todos estão no mesmo estado de inocência.

Para compreender melhor, imagine a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que pratique alguns atos libidinosos diverso de conjunção com carnal sua namorada de 13. De acordo com a presunção de violência que o Código Penal estabelece – uma vez que o menor de 14 anos não dispõe de vontade válida -, será esse jovem de 18 anos condenado a no mínimo seis anos de prisão.

Ao presumir a violência por incapacidade de consentir a prática sexual, o Código, está comparando o adolescente menor de 14 anos de idade com uma pessoa portadora enfermidade mental, o que, não é justo, ainda mais em pleno século XXI. Uma coisa é o agente estuprar com emprego de violência ou grave ameaça, ou até mesmo atentar contra o pudor, outra, é punir por presunção de violência, ainda que definida em lei.

A história rompe as incoerências. Aqui, a vida prática trouxe até os tribunais superiores situações, em que, de acordo com o texto legislativo conduziriam à arbitrariedade. Por esse motivo, defende-se ainda que o Direito não seja ciência exata, e, portanto, deve se amoldar aos casos sociais, de forma estruturada, atuando em conjunto com as mudanças da sociedade.

Através da utilização do princípio da adequação social, é permitido ao aplicador do direito, observar na sociedade o comportamento social para a aplicação do direito, assim, afastando o crime pela atipicidade formal.

Deste modo, o principal fundamento da intervenção jurídico-penal no contexto da sexualidade deve ser a proteção contra o abuso e a violência sexual (independentemente de a vítima ser homem ou mulher, maior ou menor de 14 anos), e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente. Pois o papel do legislador não deve ser limitador da liberdade sexual, mas garantidor.

É evidente que, em alguns casos, a violência ficará claramente demonstrada, como por exemplo, nas hipóteses em que a violência sexual cometida contra vítima de tenra idade. Entretanto, nos casos em que ficar suficientemente demonstrado que a suposta vítima tinha plenas condições de entender o caráter do ato praticado, a vulnerabilidade deve deixar de ser absoluta, uma vez que a função da vulnerabilidade é garantir a integridade física e mental dos menores que, realmente, não têm capacidade de exprimir sua vontade, quer seja por inexperiência, por imaturidade, ou por qualquer outra deficiência psíquica.

9 REFERÊNCIAS

PORTAL EDUCAÇÃO. **Ilicitude Penal**. Disponível em <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/ilicitude-penal/20100>>. Acesso em 25 de out. 2018.

DIÁRIO DE ESTUDOS DE UM ESTUDANTE DE DIREITO. **Teoria Do Crime. Direito Penal**. 25 de Abril de 2015. Disponível em <<http://ribeiro8112.blogspot.com/2015/04/teoria-do-crime-direito-penal-aula.html>>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

ANDRADE, Tiago. Erro de tipo x Erro de proibição. In: **Jusbrasil**. Fevereiro de 2019. Disponível em <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/317960945/diferenca-entre-erro-de-tipo-e-erro-de-proibicao>> acesso em 24 de abril de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. Ano 2008.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Volume 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CENTRAL JURÍDICA. **Erro de Tipo**. Disponível em <https://www.centraljuridica.com/doutrina/157/direito_penal/erro_de_tipo.html> acesso em 03 de abril de 2019.

DIÁRIO DE ESTUDOS DE UM ESTUDANTE DE DIREITO. **Teoria Do Crime. Direito Penal**. 25 de Abril de 2015. Disponível em <<http://ribeiro8112.blogspot.com/2015/04/teoria-do-crime-direito-penal-aula.html>>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

FARIA, Gabriel Morais. **Breves apontamentos acerca do histórico do estupro. Jus**. Novembro de 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/54227/breves-apontamentos-acerca-do-historico-do-estupro>> acesso em 10 de fevereiro de 2019.

FIGUEIREDO, Marcela Lins Moura. **A modificação introduzida pela Lei 12.015/2009 e seus reflexos. Conteúdo Jurídico**. 05 de Dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-modificacao-introduzida-pela-lei-120152009-e-seus-reflexos,35217.html>> acesso em 10 de fevereiro de 2019.

FRAGOSO, Heleno C. Fragoso. **Revista de Direito Penal. v.5**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Disponível em: <http://www.fragoso.com/eng/arq_pdf/conteudos/RDP05.pdf> Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____. **Curso de direito penal**: parte especial - v. 3. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 21. ed. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1998

_____. **Direito Penal**. 3º v. 2ª ed. Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 1980.

MENEZES, Rodolfo Rosa Telles. A teoria do delito e o significado da ação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13684>. Acesso em abr 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Volume 2: parte especial, art. 121 a 134 do CP. Atlas: Ano 2009.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 3. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

PAULA, Wedsley Ferreira. Princípio da Adequação Social. In: **JUSBRASIL**. 15 de junho de 2016. Disponível em <<https://ferreiradepaula.jusbrasil.com.br/artigos/392212361/principio-da-adequacao-social>> acesso em 13 de junho de 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial**. 3v. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, Carlos Antônio. **Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual: Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**, n.12. Pernambuco: 2011.