

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ana Luiza Cunha Alves

Capacidade de resistência da vítima: a linha tênue entre a definição dos crimes de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável

Juiz de Fora

2023

Ana Luiza Cunha Alves

Capacidade de resistência da vítima: a linha tênue entre a definição dos crimes de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

Juiz de Fora

2023

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Cunha Alves, Ana Luiza.

Capacidade de resistência da vítima: a linha tênue entre a definição dos crimes de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável / Ana Luiza Cunha Alves. -- 2023.

45 p.

Orientador: Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2023.

1. Direito Penal. 2. Crimes sexuais. 3. Capacidade de resistência da vítima. 4. Violação sexual mediante fraude. 5. Estupro de vulnerável. I. Raymundo Sbarzi Guedes, Cleverson, orient. II. Título.

Ana Luiza Cunha Alves

Capacidade de resistência da vítima: a linha tênue entre a definição dos crimes de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em 15 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho à minha mãe, minha eterna
inspiração e meu lembrete diário para nunca
desistir e sempre correr atrás dos meus sonhos.
Seu apoio incondicional me fez ser quem eu sou
hoje e eu não estaria aqui se não fosse por você.
Te amo para todo o sempre.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de começar este texto agradecendo a Deus, por sempre ter guiado meus caminhos e iluminado as minhas noites mais escuras. Eu não teria tido a capacidade e a força necessárias para concretizar esse sonho se não fosse de Sua vontade e, por isso, confio meu futuro às mãos do Senhor.

Agradeço aos meus pais, Osório e Luciana, por sempre comemorarem as minhas conquistas ao longo da vida. Em especial, quero agradecer à minha mãe, por tudo que fez – e continua fazendo, todos os dias – para que eu pudesse estar aqui hoje, encerrando minha graduação, graças ao seu árduo esforço e determinação incansável para me proporcionar um futuro melhor do que aquele que teve.

Agradeço ao meu irmão, Rafael, que, apesar de mais novo, sempre cuidou de mim e me apoiou durante toda a minha trajetória, trilhando meus caminhos junto comigo e torcendo sempre pelo meu sucesso, assim como eu sempre torcerei pelo dele. Essa vitória também é sua.

Um agradecimento mais do que especial ao meu namorado, Daniel, que acompanhou de perto cada sorriso, cada choro, cada noite em claro e cada pequena felicidade ao longo desses dois dos meus cinco anos de graduação, especialmente neste período de encerramento de um ciclo no qual batalhei tanto. Muito obrigada por sempre me apoiar, meu amor, eu não poderia pedir um companheiro melhor do que você para viver a vida comigo.

Meus mais sinceros agradecimentos à Liga Acadêmica de Ciências Forenses da UFJF, a LACIFOR, uma das minhas maiores conquistas da graduação, e um projeto pelo qual tenho enorme apreço. Às amigas que eu fiz ao longo da minha participação como ligante e, posteriormente, como vice-presidente, meus queridos lacilovers, obrigada por sempre se interessarem pelo que eu tinha a dizer e pelas experiências compartilhadas. Vocês foram (e são) uns dos presentes mais especiais que ganhei da vida.

Agradeço à minha trajetória como estagiária na 18ª Promotoria de Justiça, onde pude aprender tanto com meus colegas de trabalho, nesses quase dois anos em que dividimos nossos dias. Às amigas que fiz durante minha estadia, Juliana, Raphaela e Elizabeth, muito obrigada por fazerem o dia a dia em uma promotoria criminal ser muito mais leve com sorrisos, brincadeiras, e nossos lanchinhos durante a tarde.

Agradecimentos especiais à minha melhor amiga, minha alma gêmea, Cristine, pela amizade que já dura onze anos e com quem compartilhei todas as minhas conquistas e ela sempre vibrou com elas, por menores que fossem. Mesmo separadas por muitos quilômetros, meu coração sempre vai estar com você, e sei que o contrário também é verdadeiro.

A todos os meus amigos que compartilharam a graduação comigo, em especial, Thaís, Stéphanie e Rhayssa, obrigada pelo companheirismo e por sempre me acolherem quando o mundo parecia desabar sobre a minha cabeça. Amo vocês com todo o meu coração.

Um agradecimento final a todos os professores e professoras que deixaram uma marca positiva em minha graduação e serviram de inspiração para a profissional que almejo ser. Levarei seus ensinamentos para sempre comigo.

RESUMO

A tese ora desenvolvida visa evidenciar como a inexistência de uma delimitação precisa acerca dos limites da capacidade de resistência da vítima para a configuração dos delitos de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável gera insegurança jurídica, ante a falta de um entendimento reiterado que possa orientar os Tribunais em casos dessa natureza, levando a uma prestação jurisdicional deficiente, posto que, mesmo diante de situações semelhantes, são prolatadas decisões contrastantes entre si. Com o fim de orientar essa exposição, utilizou-se de uma análise comparativa entre o Código Penal de 1940 e as legislações penais anteriormente vigentes no Brasil, além de uma revisão literária e análise da jurisprudência pátria sobre o tema. Ao final, a pesquisa busca apontar a relevância dessa questão, ainda pouco discutida, e apresentar uma possível solução à problemática redacional, objeto central deste trabalho.

Palavras-chave: Direito Penal; crimes sexuais; capacidade de resistência da vítima; violação sexual mediante fraude; estupro de vulnerável.

ABSTRACT

The developed thesis aims to highlight how the lack of a precise delineation regarding the limits of a victim's resistance capacity in configuring sexual offenses through fraud and sexual assault of vulnerable individuals generates legal uncertainty. This is due to the absence of a consistent understanding that could guide the courts in cases of this nature, leading to deficient judicial adjudication. Even in similar situations, contrasting decisions are rendered. To guide this analysis, a comparative study was conducted between the 1940 Penal Code and previously applicable criminal legislations in Brazil, along with a literary review and analysis of jurisprudence on the subject. In conclusion, the research seeks to emphasize the relevance of this issue, which is still under-discussed, and present a possible solution to the drafting problem, the central focus of this work.

Keywords: Criminal Law; sexual offenses; victim's resistance capacity; sexual assault through fraud; rape of the vulnerable.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	RETROSPECTIVA HISTÓRICA: A EVOLUÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS ATRAVÉS DOS PARALELOS LEGISLATIVOS EXISTENTES COM ATUAIS OS ARTIGOS 215 E 217-A	15
2.1	Análise dos crimes de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável ...	15
2.1.1	Violação sexual mediante fraude	15
2.1.2	Estupro de vulnerável.....	17
2.2	Caminhada histórica da legislação penal brasileira	19
2.2.1	Código Criminal do Império do Brasil	19
2.2.2	Código Penal dos Estados Unidos do Brazil.....	21
2.2.3	Código Penal de 1940	25
3	A CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA DA VÍTIMA E O LIMAR ENTRE OS ARTIGOS 215 E 217-A	31
4	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: COMO A PROBLEMÁTICA REDACIONAL DOS ARTIGOS 215 E 217-A É TRATADA PELOS TRIBUNAIS	35
5	CONCLUSÃO	40
	REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar os tipos penais constantes dos artigos 215 e 217-A, do Código Penal, quais sejam, os delitos de violação sexual mediante fraude e de estupro de vulnerável, respectivamente, dando ênfase à semelhança redacional que ambos possuem quanto à previsão de capacidade de resistência da vítima.

Para o desenvolvimento dessa pesquisa, buscou-se construir uma linha temporal da evolução histórica dos crimes sexuais no Brasil, cingindo-se às condutas criminalizadas que, em alguma medida, relacionam-se aos tipos penais hoje vigentes, com o intuito de compreender sua razão de ser, o porquê de serem tão importantes em termos de proteção da dignidade sexual e como a sociedade avançou nesse sentido desde o primeiro Código Penal outorgado no país, em 1830.

A fim de situar o leitor acerca do tema central desta tese e para auxiliar a orientação quanto aos paralelos estabelecidos com as legislações penais anteriores, deteve-se ao estudo primário dos artigos supracitados, dando enfoque às suas circunstâncias elementares, especialmente, àquela referente à possibilidade de a vítima oferecer resistência aos atos do sujeito ativo da conduta.

Superada a fase mais introdutória, debruçou-se, mais detidamente, no terceiro e quarto capítulos, sobre a inserção da figura da capacidade de resistência da vítima nos tipos penais relativos aos crimes sexuais, bem como sobre a problemática redacional das tipologias, socorrendo-se a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que, em alguma medida buscaram – e ainda buscam – oferecer uma solução à problemática trabalhada, elucidando-se como a questão é tratada pelos juristas.

Para o desenvolvimento deste trabalho, optou-se pela metodologia de pesquisa qualitativa, ancorando-se na revisão legislativa, bibliográfica e jurisprudencial para alcançar a proposição principal e confirmar a hipótese desenvolvida como ponto inicial da discussão que se propôs a trazer, dando destaque aos trabalhos dos doutrinadores Cezar Roberto Bitencourt, Cleber Masson, Guilherme de Souza Nucci e Rogério Sanches Cunha.

Serão, ainda, utilizados métodos de abordagem e métodos de procedimento, em especial, o método hipotético-dedutivo, que, primordialmente, orientou o desenvolvimento dessa pesquisa, mas também os métodos dedutivo e indutivo, sendo o primeiro deles melhor aplicado quando da análise doutrinária, e o último, enfatizado durante o exame da jurisprudência pátria sobre o tema.

A relevância deste trabalho e a própria escolha do tema surgiram a partir de uma inquietação pessoal diante da incerteza que paira sobre os casos de abuso sexual, em que, em tese, a conduta perpetrada se enquadra em ambos os tipos penais. Essa conclusão, inviável do ponto de vista exegético, faz com que o operador do direito se veja, fatalmente, diante de um conflito aparente de normas, uma vez que a ação do ofensor deve corresponder a uma única tipologia prevista como crime.

Associando-se esse impasse interpretativo ao tratamento, tantas vezes discriminatório e inescrupuloso, dado às vítimas de crimes sexuais, como o escândalo que envolveu o caso da jovem Mariana Borges Ferreira, conhecida na internet como Mari Ferrer, que sofreu não apenas com o abuso sexual, mas também o abuso institucional de membros do Poder Judiciário¹ e da mídia, entendeu-se pela necessidade de abordar um tema tão delicado e ainda pouco discutido.

O objetivo central da discussão proposta, portanto, é mostrar como a ausência de uma delimitação entre as esferas de abrangência dessas duas tipologias penais colabora para criar uma zona cinzenta, que impossibilita a correta identificação da conduta praticada com uma ou outra previsão típica, acarretando insegurança jurídica e deficiência na prestação jurisdicional, comprometida pela inexistência de um entendimento reiterado por parte dos Tribunais do país.

A hipótese a ser trabalhada, e que se espera ser comprovada, ao final da exposição, refere-se à efetividade de uma revisão redacional das duas figuras típicas em análise, associada ao estabelecimento de parâmetros de verificação objetivos e subjetivos a serem utilizados quando da análise do caso concreto que, em conjunto, contribuiriam para a correta correspondência entre a conduta perpetrada e o tipo penal previsto em abstrato, dirimindo os conflitos atrelados à dubiedade de suas redações.

Independente da conclusão a que se chegue, após o desenvolvimento desta tese, certo é que a atual realidade que se apresenta – iniciada a partir de uma imprecisão legislativa que, por anos, remanesce inalterada – é obscura, e pode contribuir para obstaculizar ainda mais o acesso à justiça por vítimas de abusos sexuais que, tomadas pela vergonha e pelo sentimento de culpa, sofrem, novamente, ao tentar entender a que tipo de agressão foram expostas, desestimulando-as a buscar o auxílio de um sistema que deveria ter sido construído para protegê-las, mas que, constantemente, as revitimiza.

¹ Matéria disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-07/tj-sc-confirma-absolvicao-acusado-estuprar-mariana-ferrer/>. Acesso em 23 nov. 2023.

2 RETROSPECTIVA HISTÓRICA: A EVOLUÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS ATRAVÉS DOS PARALELOS LEGISLATIVOS EXISTENTES COM ATUAIS OS ARTIGOS 215 E 217-A

2.1 Análise dos crimes de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável

Antes de se debruçar sobre retrospectiva histórica das legislações penais, a fim de se compreender a evolução do ordenamento jurídico até se chegar à redação dos tipos penais que motivaram a construção dessa tese, é de suma importância apresentá-los ao leitor, de forma a situá-lo acerca das condutas criminalizadas, dando enfoque às suas circunstâncias elementares, para que, assim, possa-se sedimentar o objeto central da discussão, que será descortinado a seguir.

Para a realização dessa análise, foram utilizadas as obras *Tratado de Direito Penal: Parte Especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública (arts. 213 a 311-A)*, de Cezar Roberto Bitencourt, e *Curso de direito penal: parte especial, arts. 213 a 261*, de Guilherme de Souza Nucci, dois grandes expoentes dos estudos na área do Direito Penal.

2.1.1 Violação sexual mediante fraude

Previsto no artigo 215 do Código Penal, assim dispõe:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Brasil, 1940)

De sua redação, depreende-se que se trata de um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, ou seja, ainda que o agente tenha conjunção carnal e pratique outro ato libidinoso, ambos mediante fraude, responderá por apenas um delito.

O bem jurídico que se protege na criminalização dessa conduta é a liberdade sexual da vítima – seja ela homem ou mulher – que tem sua vontade viciada para a prática de ato libidinoso de qualquer natureza, em razão do emprego de meio fraudulento, induzindo-a a erro quanto ao parceiro da relação sexual. Ressalta-se, no entanto, que, caso a vítima possua idade

inferior a quatorze anos, o crime cometido não será esse, mas sim, estupro de vulnerável, ainda que haja o emprego de fraude.

Assim como o sujeito passivo, o sujeito ativo da conduta, ou seja, o autor, pode ser qualquer pessoa, não existindo nenhuma exigência quanto ao sexo, gênero, qualidade ou condição especial, podendo o crime ocorrer em relações homossexuais ou heterossexuais.

Passa-se, agora, ao exame da adequação típica da conduta de violação sexual mediante fraude, destrinchando as circunstâncias elementares que compõem o crime, para melhor compreensão de seu significado e abrangência.

A locução “ter conjunção carnal com alguém”, que inicia a redação do tipo, refere-se à cópula vaginal, isto é, relações sexuais tidas entre um homem e uma mulher a partir da introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal, ainda que se faça uso do pronome indefinido “alguém”. Quer dizer, para o ordenamento jurídico, relações sexuais entre homens e entre mulheres, por exemplo, são classificadas como “atos libidinosos diversos da conjunção carnal”.

Por essas razões, tem-se a segunda modalidade da conduta, expressa no vocábulo “ou praticar outro ato libidinoso”, em que se incluem as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, como já mencionado, além de sexo anal, sexo oral e outros atos destinados à satisfação do desejo sexual.

Para a configuração da conduta, é indispensável que a vítima seja enganada, ludibriada, iludida – no sentido jurídico do termo – pelo agente, não havendo crime caso tenha ela cedido à prática libidinoso por meras carícias ou expectativa de obtenção de alguma vantagem do autor, devendo estar comprovado que o ofensor induziu a vítima a erro para que consentisse com a prática sexual.

No que diz respeito às formas de execução das modalidades de violação sexual mediante fraude, cinge-se o estudo ao meio fraudulento, uma vez que a locução “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima” é peça chave para a temática central deste trabalho, e será analisado em um capítulo específico.

A fraude, aqui, é forma de execução das duas espécies de conduta, tanto a conjunção carnal, quanto a prática de outro ato libidinoso, e se configura como o artifício que leva ao engano. Sublinha-se que a fraude deve constituir meio idôneo para enganar a vítima, que age de boa-fé, quanto a identidade do agente ou quanto a legitimidade da relação carnal, não podendo, em hipótese alguma, anular a capacidade de entendimento ou a resistência do ofendido, sob pena de restar configurado o delito de estupro de vulnerável.

Esse delito, que admite também a forma tentada, pode, ao fim, ser classificado como um crime *comum* (vez que, como já explicitado, não exige do agente nenhuma condição especial); *material* (consuma-se com a produção do resultado, qual seja, a relação carnal); *de forma vinculada* (só pode ser praticado por meio fraudulento ou semelhante); *comissivo* (necessita da ação ativa do autor), *instantâneo* (o resultado produzido não se protraí no tempo), *de dano* (gera uma lesão a bem juridicamente tutelado), *unissubjetivo* (pode ser praticado por um único agente) e *plurissubsistente* (a conduta é formada por vários atos).

2.1.2 Estupro de vulnerável

Partindo ao cotejo do artigo 217-A, define o 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. (Brasil, 1940)

Esse delito trata da proteção dos absolutamente inimputáveis: os menores de quatorze anos – com relação aos quais a vulnerabilidade é, pelo menos, em tese, presumida –, aqueles que, por enfermidade mental, não possuem discernimento para a prática do ato ou quem, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

À semelhança do delito de violação sexual mediante fraude, trata-se, também, de um crime de ação múltipla, ou de conteúdo variado, havendo previsão tanto da prática de conjunção carnal, quanto de outro ato libidinoso, levando, entretanto, à punição única ao agente, ainda que o autor pratique ambas as condutas.

Tutela-se, como bem jurídico imediato, a dignidade sexual, isso porque, diferente dos demais crimes sexuais previstos no Título VI, na hipótese de crime sexual contra vulnerável não se pode considerar a liberdade sexual como bem juridicamente protegido, uma vez que não há plena disponibilidade desse direito, razão pela qual, justamente, resta caracterizada a vulnerabilidade.

Qualquer pessoa pode figurar como agente no delito de estupro de vulnerável, independente de sexo, gênero ou contra quem se pratica o delito, aventando-se a possibilidade de que vítima e autor sejam do mesmo sexo. O sujeito passivo, por outro lado, precisa apresentar a condição especial de vulnerabilidade exigida para a configuração do tipo penal, seja pela menoridade de quatorze anos, seja pela existência de enfermidade ou doença mental que prejudique o necessário discernimento para a prática do ato, seja pela impossibilidade de oferecer resistência por qualquer outra causa.

Pode-se afirmar, com as devidas ressalvas, que o crime de estupro de vulnerável é um misto do crime de estupro (art. 213) e do crime de violação sexual mediante fraude (art. 215), distinguindo-se pela ausência de violência ou grave ameaça, quando comparado ao primeiro tipo e pela ausência de emprego de fraude, com relação ao segundo, acrescentando-se, logicamente, a condição de vulnerabilidade do ofendido.

Na ocorrência desse crime, importa ressaltar, não há espaço para que o agente se aproveite da excludente supralegal de ilicitude relativa ao consentimento da vítima, tendo em vista que os vulneráveis, no entender do legislador, não possuem capacidade para consentir validamente e, portanto, esse consentimento é juridicamente inexistente e sem valor para afastar a ilicitude do fato.

Destaca-se, ainda, que, para a configuração do tipo penal é necessária a presença do elemento subjetivo especial do injusto, qual seja, o fim de possuir sexualmente a vítima, sabendo da sua condição de vulnerabilidade. Isto é, enquanto circunstância elementar do delito, o agente deve ter conhecimento de que o ofendido é vulnerável, para que possa haver a correta adequação típica do crime.

Ao fim dessa apreciação, não se poderia, logicamente, deixar de fora a classificação doutrinária do delito, sendo caracterizado como crime *comum* (não exige condição especial do sujeito ativo); *material* (produz externalidades, ou seja, causa transformação no mundo exterior); *de forma livre* (pode ser praticado de qualquer forma e por qualquer meio); *comissivo* (seu verbo nuclear implica a prática de uma ação); *instantâneo* (sua consumação não se protraí no tempo); *unissubjetivo* (pode ser praticado por uma única pessoa); e *plurissubsistente* (a conduta pode se desdobrar em vários atos, a depender do caso).

2.2 Caminhada histórica da legislação penal brasileira

Seguindo no propósito introdutório deste capítulo, passa-se, agora à retrospectiva histórica dos tipos penais colocados em embate, a fim de se compreender a construção do direito à dignidade sexual no país, buscando correspondências entre as condutas hoje criminalizadas nos artigos 215 e 217-A, do Código Penal de 1940, e a redação de tipos penais anteriores que serviram de paradigma para que se chegasse à legislação atualmente vigente e todos os desdobramentos que dela decorrem.

A partir desse retrospecto, intenta-se estabelecer uma análise crítica sobre o legislador que, através das décadas, enquanto um reflexo da sociedade, definiu quais condutas atentatórias deveriam ser criminalizadas e, principalmente, quais categorias sociais poderiam ser alçadas à posição de vítima – com especial enfoque à figura da mulher de cada época, uma vez que, por muito tempo, nem todas poderiam ser alvo dos crimes, do ponto de vista penal.

2.2.1 Código Criminal do Império do Brasil

À época da Proclamação da Independência, mais precisamente, dezoito anos após esse marco histórico, no ano de 1830, ainda no reinado de Dom Pedro I, foi outorgado o *Código Criminal do Império do Brasil* (Lei de 16 de dezembro de 1830), agora ex-colônia de Portugal, sendo a primeira legislação em matéria penal criada no país. A partir da criação desta codificação, passou-se a versar sobre os crimes em duas partes: a Parte Geral, que trazia disposições comuns a todas as condutas criminalizadas e a Parte Especial, que dispunha sobre os crimes em espécie, divisão até hoje presente no código atual.

Sob a ótica dos crimes sexuais, foi criado um capítulo específico para comportá-los, denominado “*Dos Crimes Contra a Segurança da Honra*”, ainda bem distante da proteção aos direitos sexuais e fazendo-se as costumeiras ressalvas, à época, de que a vítima deveria ser mulher honesta e/ou virgem, excluindo-se do campo penal, as que não se enquadravam no padrão de pureza exigido, contra as quais não haveria crime ou, se houvesse, as penalidades eram mais brandas².

² Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. **Se a violentada fôr prostituta. Penas - de prisão por um mez a dous annos.** (Brasil, 1830)

Neste momento, em contraste com o furor em torno da independência do Brasil, trazendo ares de inovação para o país, no âmbito dos crimes sexuais tutelava-se a honra como bem jurídico violado, com uma visão jurídica voltada às externalidades sociais que a conduta poderia gerar e não ao dano efetivo causado às vítimas, uma vez que, se os ofensores se casassem com elas, as penas não seriam aplicadas³.

Destrinchando essa legislação pelo viés da investigação dos tipos penais centrais deste trabalho, foram encontradas algumas tipificações que, em alguma parte, assemelhavam-se às condutas, hoje, conhecidas. Com relação ao delito de estupro de vulnerável, houve correspondência com dois tipos penais, os artigos 219 e 224, colacionados abaixo:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, **menor de dezasete annos.**

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a três annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

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. (Brasil, 1830, grifo próprio)

Nota-se, do exame das disposições acima, que os crimes só poderiam ser praticados contra vítima virgem ou honesta, respectivamente, já que a previsão do crime de sedução não reputava necessidade de a ofendida ser virgem. De toda forma, as condutas eram bem restritivas, se comparadas ao tipo penal do estupro de vulnerável, ainda com visível influência dos costumes sufocantes da sociedade sobre como a mulher deveria se portar para poder reclamar à Justiça caso fosse vítima de um crime sexual.

Ambos os conceitos de “mulher virgem” e “mulher honesta” foram amplamente reproduzidos nos Códigos Penais que vigoraram no país e, apesar de não haver dúvidas quanto ao sentido do primeiro, o último parecia demasiado vago e impreciso. Entretanto, somente em

³ Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em gráo, **que não admitta dispensa para casamento.**

Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

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.** (Brasil, 1830, grifo próprio)

1981, Nelson Hungria veio a definir o que seria a mulher honesta, reproduzindo o machismo que permeava o termo na sociedade, em suas palavras:

[...] como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, e irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigida pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecunia accepta*) (Hungria; Lacerda, 1981, p. 139)

Ressalta-se, ainda, que a Codificação de 1830 somente fazia referência à menoridade enquanto hipótese de vulnerabilidade, e as penas previstas eram, inclusive, menores do que as aplicadas ao delito de estupro, pois o defloramento ou a sedução prescindiam do emprego de violência ou grave ameaça, demonstrando que mesmo a “pureza” feminina não era digna de uma punição ferrenha se não houvesse externalização da violação.

Com relação ao crime de violação sexual mediante fraude, explicita-se que não foi encontrado nenhum tipo penal cuja redação pudesse ser comparada à sua previsão, de certo que, neste ponto da história brasileira, a fraude, apesar de indubitavelmente ser empregada em outros contextos, não era tida em consideração como meio para a prática de crimes sexuais.

2.2.2 Código Penal dos Estados Unidos do Brasil

Avançando nesta análise histórica, já no ano de 1890, um ano após a Proclamação da República, foi promulgado, pelo Decreto nº 847/90, o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, pelo Chefe do Governo Provisório Marechal Deodoro da Fonseca.

Ainda distante de entender a liberdade sexual como direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico, a previsão dos crimes sexuais era resguardada ao Título VIII que cuidava “*Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*”, ainda com grande paternalismo voltado à reputação social e aos costumes vigentes no país, que, apesar de ter sofrido grande alteração em sua forma de governo, manteve-se praticamente imune a mudanças significativas do ponto de vista social.

Todavia, não se pode olvidar os avanços com relação ao perfil vitimológico nos crimes sexuais, considerando-se a previsão do artigo 266, que aventava a possibilidade de se praticar o crime de atentado violento ao pudor contra pessoa do sexo masculino, como fica claro ao utilizar a expressão “pessoa de um, ou de outro sexo”.

O supramencionado artigo é, ainda, uma das correspondências encontradas neste Código para com o delito de estupro de vulnerável, associado à previsão do artigo 268, interpretando ambos conjuntamente à redação do artigo 272, todos colacionados abaixo:

Art. 266. **Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:**

Pena - de prisão celllular por um a seis annos.

Parapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

Art. 268. **Estuprar mulher virgem ou não,** mas honesta:

Pena - de prisão celllular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena - de prisão celllular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 272. **Presume-se commettido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.** (Brasil, 1890, grifo próprio)

São notáveis os avanços da codificação com relação aos delitos praticados contra os vulneráveis, neste momento, expressamente, entendidos apenas como pessoas menores de idade, especialmente mulheres – visto que a possibilidade de as vítimas serem homens era ainda uma tímida hipótese.

É pertinente, ainda, dar ênfase à redação do supramencionado artigo 272, que trata da presunção de violência quando os crimes do capítulo em que está inserido (“*Do rapto*”) e do capítulo anterior (“*Da violência carnal*”) são cometidos contra menores de dezesseis anos, aplicando punições mais severas caso qualquer um dos crimes fosse cometido nessas circunstâncias, oferecendo maior resguardo àqueles que não possuem discernimento acerca do caráter criminosos destas condutas.

Não apenas isso, a redação do artigo 272 remete a outro tipo penal, o artigo 269, que define não apenas o que é o estupro, mas também o que se deve entender por violência, na concepção do legislador:

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o

chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos. (Brasil, 1890, grifo próprio)

Imperioso notar que, a partir deste Código, houve uma expansão da noção de violência, abarcando outros meios, além da força física, que poderiam interferir na possibilidade de a vítima se defender do agressor, sendo um prelúdio do que, mais tarde, entender-se-ia por “capacidade de resistência da vítima”, conceito presente tanto no artigo 215, quanto no artigo 217-A.

Quanto ao delito de violação sexual mediante fraude, pela primeira vez, desde a vigência do Código Penal de 1830, houve uma correspondência ao tipo penal, com a fraude sendo empregada como meio para a prática de outro delito, além do rapto que, por si, não se relaciona com o delito em análise.

Trata-se de um dispositivo anteriormente mencionado quando da abordagem acerca das similitudes para com o estupro de vulnerável, o artigo 267, que, ao tratar do delito de defloração, especificava os meios pelos quais a infração poderia ser cometida, com emprego de sedução, engano ou fraude, conforme destacado abaixo:

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducción, engano ou fraude:
Pena - de prisão cellular por um a quatro annos. (Brasil, 1890, grifo próprio)

Embora, neste momento, o tipo seja, ainda, demasiado restritivo quando comparado à redação do artigo 215, uma vez que, mesmo que tenha havido previsão do emprego de fraude, a conduta precisaria cumprir as demais elementares, isto é, utilizar deste meio para deflorar – tirar a virgindade – de uma mulher e menor de idade, era de grande valia considerar que a vítima pudesse ser induzida a erro e, por conta disso, ter relações sexuais com o autor.

Verifica-se, ao fim, feitas as ressalvas concernentes à redação dos tipos penais da época, e os apontamentos com relação à pujante influência dos costumes, resultando na manutenção de diversos estereótipos sociais, o Código Penal de 1890, do ponto de vista dos crimes sexuais, representou um avanço se comparado às codificações anteriores e abriu espaço para novas discussões na seara criminal.

Não obstante, desde sua criação, às pressas, diga-se de passagem, o Código de 1890 foi alvo de duras críticas por parte dos juristas da época por ter entrado em vigor mesmo contendo inúmeros vícios, o que gerou a promulgação de um sem número de leis extravagantes para que pudesse ser alterado sem a revogação integral de seu texto.

Uma delas é a Lei nº 2.992/1915, que modificou, dentre outros, o artigo 266, analisado anteriormente, que tratava do delito de atentado violento ao pudor⁴. Por um lado, com advento dessa lei, passou-se a se preocupar com a prática de corrupção de menores para fins sexuais⁵, entretanto, embora tenha surgido de uma preocupação com a formação dos infantes, nota-se que ocasionou outra contradição a ser somada ao problemático Código de 1890.

Isso porque a legislação não revogou, em nenhum momento, o artigo 272 e a presunção de violência. Assim, caso o crime de corrupção de menores fosse praticado contra pessoa menor de dezesseis anos, sua conduta seria enquadrada no *caput*, que teve seu preceito secundário reduzido, criando uma anomalia em que se punia mais severamente os autores se as vítimas tivessem entre dezesseis e vinte e um anos⁶, quando se deveria proteger os mais vulneráveis socialmente.

Essa problemática só foi resolvida mais tarde, em 1932, quando o Desembargador Vicente Piragibe, tendo percebido a inflação legislativa ocasionada pela correção das falhas existentes no Código de 1890, reuniu todas elas em uma única coletânea intitulada “*Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadas em vigor*” ou “*Código Piragibe*”. A compilação das normas foi aprovada pelo Decreto nº 22.213, assinado pelo então presidente Getúlio Vargas, não se tratando de uma revogação da codificação republicana, mas, sim, de um mecanismo com fins à facilitação da aplicação do Código Penal.

⁴ Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena - de prisão cellualar por um ou tres anos.

§ 1º Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 annos, induzindo-a à pratica de actos deshonestos, viciando a sua innocencia ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral:

Pena - de prisão cellualar por seis mezes a dous annos.

§ 2º Corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem:

Pena - de prisão cellualar por dous a quatro annos. (Brasil, 1915, grifo próprio)

⁵ A intervenção do Estado no assumpto, com assegurar a moralidade publica, visa especialmente proteger a puericia e a adolescencia, estádios da vida, em que a formação mental e moral, sem o preciso poder inhibitorio, mais emotivo, levado mais a imitar, o individuo necessita que se o premuna da influencia deleteria da libertinagem (Siqueira, 1932).

⁶ É essa corrupção, para onde converge a acção do agente, e que na figura criminosa em questão [excitação à corrupção de menores] não se torna necessario seja affectiva, pois, tal ocorrendo, a figura seria a do §2º do art. 266 [...]. Outro extremo do crime é a idade da victima, que deve ser menor de 21 annos, e maior de 16 annos, porque até este extremo vigora o preceito do art. 272, e a acção constituiria o crime de atentado ao pudor.

[...]

Distingue-se assim a figura criminosa apreciada [corrupção de menores] da do §1º, naquella se exigindo effectiva corrupção, e nesta, bastando a acção de excitar, de favorecer ou facilitar a corrupção, o crime se consummando sem se cogitar do efeito [...]. Quando á idade da victima, tem applicação o que se notou quanto ao delicto afim da excitação á corrupção (Siqueira, 1932).

Esse Código foi mantido até 1940, quando houve a necessidade de se reconstruir o Código Penal, tornando-o de mais sucinto e eliminando quaisquer contradições existentes entre os diplomas legais, em razão do grande número de alterações realizadas sobre a redação original da codificação anterior.

2.2.3 Código Penal de 1940

Assim, ainda no governo de Getúlio Vargas, sob o regime ditatorial do Estado-Novo, foi decretado o Código Penal de 1940, pelo Decreto nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, entrando em vigor em 1º de janeiro do ano de 1942, representando um avanço exponencial quando comparado à codificação predecessora e tornando-se, após algumas modificações por leis posteriores, a legislação em vigor no país.

Inseridos no Título VI, denominado “*Dos crimes contra os costumes*”, os crimes sexuais foram divididos em cinco capítulos, sendo eles “*Dos crimes contra a liberdade sexual*”, “*Da sedução e da corrupção de menores*”, “*Do rapto*”, “*Do lenocínio e do tráfico de mulheres*” e “*Do ultraje ao pudor*”. Apesar do apego paternalista a nomenclaturas anteriores, iniciou-se uma construção mais sólida sobre o que, anos depois, seriam chamados de direitos sexuais.

À semelhança da legislação anterior, em que somente o delito de atentado violento ao pudor não fazia restrição ao sexo do sujeito passivo, na codificação de 1940, esse tipo penal foi subdividido em dois artigos diferentes, o artigo 214, que tratava do atentado violento ao pudor propriamente dito, e a corrupção de menores, prevista no artigo 218, ambos fazendo uso de expressões neutras como “alguém” e “pessoa”.

No que diz respeito ao delito de estupro de vulnerável, que ainda não era tipificado como tal, pode-se fazer uma interpretação conjunta dos artigos 213, 214 e 224, com especial ênfase na redação deste último, que será destrinchada a seguir, dada a sua relevância para a definição de vulnerabilidade das vítimas:

Art. 213. **Constranger mulher a conjunção carnal**, mediante violência ou grave ameaça:
Pena - reclusão, de três a oito anos.

Art. 214. **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça, **a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal**:
Pena - reclusão de dois a sete anos.

Art. 224. **Presume-se a violência, se a vítima:**

a) não é maior de quatorze anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (Brasil, 1940, grifo próprio)

A presunção de violência em crimes praticados contra vulneráveis, constante no artigo retromencionado, é outra similaridade existente com o código anterior. A previsão do Código de 1940, todavia, expandiu o conceito de vulnerabilidade, incluindo a vítima “alienada ou débil mental” e aquela que não possa, por outra causa, oferecer resistência, além de reduzir o patamar etário para menores de quatorze anos.

A explicação para essa alteração adveio das mudanças sociais que ocorreram desde 1890, dada a distância de mais de cinquenta anos entre as codificações, e é justificada no item 70 da Exposição de Motivos do Código de 1940⁷. Segundo o Ministro da Justiça à época, Francisco Campos, quem assinou o referido texto que antecede a codificação encabeçada, entre outros grandes nomes, por Nelson Hungria e Roberto Lira, era desarrazoado conceber que, àquele momento, uma pessoa com 14 anos completos já não detivesse conhecimento básico acerca de atos sexuais, assim como não se poderia fechar os olhos para a inexistência da possibilidade de consentir de deficientes mentais, físicos ou pessoas que estivessem, de alguma forma, incapacitadas de resistir às atitudes do agente.

⁷ Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (art. 224) quando a vítima: a) não é maior de 14 anos; b) é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância, ou c) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não, pelo agente), ou por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de 16 anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

Por outro lado, se a *incapacidade de consentimento* faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia, etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos) (Campos, 1940).

Já com relação do delito de violação sexual mediante fraude que, até o momento, não existia, houve correspondência com dois tipos penais, que eram, também, novidade para a codificação de 1940: a posse sexual mediante fraude e o atentado ao pudor mediante fraude.

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, **mediante fraude**:
Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze anos:
Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Art. 216. Induzir mulher honesta, **mediante fraude**, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de dezoito e maior de quatorze anos:
Pena - reclusão, de dois a quatro anos. (Brasil, 1940, grifo próprio)

No caso dos delitos em tela, à diferença do delito de defloração previsto na legislação de 1890, não importava se a ofendida era maior de idade ou virgem, bastando que fosse mulher honesta (Campos, 1940). Mantidas as ressalvas à essa terminologia, ao construir tipos mais genéricos, sem muitas restrições ao perfil vitimológico – mesmo considerando que não havia previsão expressa da prática de crime contra indivíduos do sexo masculino – passou-se a incentivar o debate acerca da dignidade sexual, pois começava-se a se preocupar cada vez menos com as condições da vítima e a externalidade da conduta perante a sociedade, e mais com os danos causados à pessoa ofendida.

Apesar das modificações trazidas pela nova codificação, acompanhando os debates sociais, o Código de 1940 não permaneceu incólume a reformas em seus dispositivos, seja para alterá-los, revogá-los ou inserir novas disposições, medida de extrema necessidade para manter a aplicabilidade de uma legislação criada há mais de oitenta anos e que segue em vigor.

Para fins da linha de pesquisa desenvolvida neste trabalho, não é de grande relevância tratar de todas as modificações existentes no âmbito do Direito Penal desde a promulgação da última codificação⁸, de modo que será dada ênfase àquelas que, de alguma forma, contribuíram para que se chegasse aos delitos de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável.

⁸ Em 1969, durante o período da Ditadura Militar, houve a criação de um novo Código Penal, pelo Decreto-Lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969, também chamado de “*Código Hungria*”, por ter o jurista Nelson Hungria encabeçando o projeto. Todavia, muitas críticas foram feitas à sua construção e, apesar da previsão para entrada em vigência da codificação ser em 1970, essa data foi adiada várias

No ano de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), instituiu uma mudança significativa nos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor e, apesar de ainda se manter vigente a presunção de violência constante do artigo 224, passou-se a prever, expressamente, penas maiores para esses delitos, caso fossem praticados contra menores de quatorze anos⁹, sendo representativo da necessidade urgente de maior proteção aos infantes, que ganhou mais relevância com a promulgação do “ECA”:

Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
Pena - reclusão, de três a oito anos.

**Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:
Pena – reclusão de quatro a dez anos.**

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
Pena - reclusão de dois a sete anos.

**Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:
Pena – reclusão de três a nove anos** (Brasil, 1990, grifo próprio).

Ainda no ano de 1990, a Lei nº 8.072/90 incluiu os delitos supracitados no rol dos crimes considerados hediondos, tanto em sua forma prevista no *caput*, quanto combinada com as formas qualificadas, previstas no artigo 223, à época, ambas as infrações ainda hoje com guarida na “Lei de Crimes Hediondos”, com as devidas alterações legislativas posteriores.

No ano de 2005, houve um avanço significativo na configuração da vitimologia dos delitos de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude com a Lei nº 11.106/05, retirando-se a expressão “*mulher honesta*” de suas redações¹⁰ – ainda que o delito de posse sexual mediante fraude tenha mantido inalterado o parágrafo único, que limitava o aumento do preceito secundário a vítimas que fossem mulheres virgens – e, com relação a este

vezes, tendo sido o Código, posteriormente, revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, após quase oito anos em período de *vacatio legis*.

⁹ Essa previsão foi revogada, anos depois, pela Lei nº 9.281/1996, mantendo-se apenas a redação do *caput* dos artigos, sob o argumento de que a previsão expressa de penas mais elevadas em razão de a vítima ser menor de quatorze anos tornava inaplicável a presunção de violência contida no artigo 224.

¹⁰ O conceito de mulher honesta evolui na mesma proporção que evoluem os padrões éticos-morais adotados pela comunidade social, no entanto, ao longo de mais de seis décadas, causou muitos constrangimentos à mulher brasileira. Com efeito, antes do advento da Lei nº 11.106/2005, exigia-se que a vítima fosse mulher honesta para a configuração da figura típica, o que implicava um juízo de valor – elemento normativo do tipo –, que deveria obedecer aos padrões ético-sociais vigentes na comunidade e revelados pelos costumes (Bitencourt, 2023).

último, possibilitando que a vítima pudesse ser uma pessoa do sexo masculino, à semelhança da previsão do delito de atentado violento ao pudor:

Art. 215. Ter conjunção carnal **com mulher**, mediante fraude:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze anos:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Art. 216. Induzir **alguém**, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único. Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (Brasil, 2005, grifo próprio)

A grande mudança, porém, veio com a promulgação da Lei nº 12.015/09, que alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal, passando a vigorar com o nome “*Dos crimes contra a dignidade sexual*” – finalmente, sendo a dignidade sexual entendida como um direito a ser resguardado pelo Estado – e inseriu um novo Capítulo II, que tratava “*Dos crimes sexuais contra vulnerável*”, incluindo o estupro de vulnerável, a corrupção de menores, a satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente e o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

Com o advento dessa legislação, passou-se a ter um artigo específico que tipificava o crime de estupro de vulnerável – incluindo-se o delito no rol de crimes hediondos – dispensando-se a anterior interpretação conjunta dos artigos 213, 214 e 224, tendo sido esses dois últimos revogados, enquanto o artigo 213 passou a englobar, também, a conduta tipificada no crime de atentado de violento ao pudor.

Outro ponto de destaque foi a extinção da expressa presunção de violência em infrações sexuais praticadas contra menores de quatorze anos, deficientes mentais e pessoas incapazes de oferecer resistência, agora aglutinada, implicitamente, no artigo 217-A:

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. (Brasil, 2009, grifo próprio)

Uma adicional alteração trazida em 2009 foi a fusão dos delitos de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude sob um único *nomen juris*: violação sexual mediante fraude. Houve, ainda, o incremento da redação do artigo, que além da fraude, passou a incorporar, também, analogamente, qualquer outro meio que pudesse impedir ou dificultar a livre manifestação de vontade da vítima.

Segundo Bitencourt (2023), ao englobar a posse sexual mediante fraude na nova redação do artigo 215, a Lei nº 12.015/09, tornou a conduta um crime comum, inexigindo qualquer condição especial do sujeito ativo ou passivo, encerrando-se a tutela específica da mulher e de sua virgindade, estabelecendo paridade de tratamento entre homens e mulheres, que agora poderiam ser tanto autores quanto vítimas do delito.

Com vias ao encerramento desse capítulo, chega-se à alteração mais recente, trazida pela Lei nº 13.718/18, que acrescentou o §5º ao artigo 217-A, seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, em 2017, sumulou a tese de que o estupro de vulnerável se consuma independentemente do consentimento da vítima, de sua prática sexual anterior ou eventual relacionamento com o autor¹¹.

Diante de todo o retrospecto apresentado, chega-se a atual redação dos artigos ora em foco nesse trabalho, mediante uma lenta construção dos direitos sexuais e a mudança de visão sobre a figura da vítima. Todavia, com as alterações dos tipos penais, novos problemas surgiram como, por exemplo, a aferição da capacidade de resistência da vítima, prevista tanto no delito de violação sexual mediante fraude, quanto no de estupro de vulnerável, e que será abordada no capítulo seguinte.

¹¹ 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. (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25-10-2017, DJe 6-11-2017)

3 A CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA DA VÍTIMA E O LIMAR ENTRE OS ARTIGOS 215 E 217-A

A primeira menção à capacidade de resistência da vítima, na seara dos crimes sexuais, conforme demonstrado, remonta ao artigo 269 do Código Penal de 1890, que tratava da presunção de violência, e enquadrava, em sua definição, qualquer meio que pudesse reduzir ou eliminar a capacidade da ofendida de resistir à ação do autor.

No entanto, apenas cinco décadas depois, em 1940, é que houve a inserção expressa da capacidade de resistência da vítima como circunstância elementar para a configuração dos delitos ora sob destaque: a violação sexual mediante fraude e o estupro de vulnerável.

Não obstante as diferenças já dissecadas em suas redações, quando analisados individualmente, ao fim, ambos os tipos penais tutelam a proteção da vítima que, por qualquer razão não possa oferecer resistência ante a conduta do agente, vindo-se a consumir o delito.

Embora acertada a inserção dessa circunstância pelo legislador, à época da criação do Código Penal de 1940, não houve a devida previsão da problemática que essa decisão acabou trazendo consigo ao longo dos anos de vigência da legislação, a razão pela qual a ideia deste trabalho surgiu, em primeiro lugar: a ausência de uma limitação em sua definição para a caracterização dos delitos de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável.

Explica-se. O foco deste trabalho é analisar se, em hipóteses tais como a de o autor, subrepticamente, embedardar ou drogar a vítima maior de idade e sem enfermidade ou doença mental, no intuito de ter com ela conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso e logrando êxito em seu intento, não possuindo a ofendida capacidade de consentir ou mesmo de se opor ao ato, ele responderia por violação sexual mediante fraude ou por estupro de vulnerável, uma vez que os tipos penais não estabelecem uma linha limítrofe entre os delitos quando da leitura de sua redação.

De certo, o agente utilizou-se de um meio análogo à fraude, que dificultou ou impediu a livre manifestação da vítima (art. 215), mas, também, teve conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa que não podia oferecer resistência (art. 217). Como esse impasse seria resolvido? Em primeiro plano, essa situação será examinada a partir de um viés doutrinário, reservado o capítulo seguinte à explanação do entendimento jurisprudencial acerca do tema.

Segundo Bitencourt (2023), essa previsão genérica constante no artigo 215, que depende de interpretação analógica do operador do direito, não pode chegar ao ponto de inviabilizar a livre manifestação da vontade da vítima, caso em, para ele, que restaria configurado o crime de estupro (art. 213).

Justamente por conta deste entendimento, o doutrinador entende ser desnecessária a menção ao sujeito passivo que, por outra causa, não possa oferecer resistência, uma vez que essa proteção poderia ser objeto do artigo 213, aplicando, desarrazoadamente, penas muito altas a uma conduta que poderia ser abarcada por outro tipo penal, um pouco mais brando em seu preceito secundário, já que se estaria falando em uma incapacidade eventual de oferecer resistência, não uma vulnerabilidade permanente.

Essa visão, em nossa opinião, é, certamente, tendenciosa, e vai de encontro ao contexto em que esses tipos penais foram criados, visando proteger a dignidade sexual das vítimas. O fato de a pessoa ofendida estar completamente incapaz de apresentar resistência contra ato sexual com o qual não consentiu é exatamente o que configura sua vulnerabilidade, ainda que, como bem pontuado por Bitencourt, seja ela temporária.

Ademais, a situação que se analisa não se enquadra, em nada, na conduta prevista no artigo 213, haja vista que, estando a vítima incapaz de resistir à conduta do agente, não há necessidade de este empregar violência ou grave ameaça para lograr êxito na consecução do ato sexual. Não se vislumbra uma alteração na redação do artigo mencionado de modo a abarcar tais casos, pois, assim, comprometer-se-ia a própria estrutura do tipo e o seu fundamento de ser.

O jurista ainda prossegue em suas ressalvas, no sentido de que essa “outra causa”, por exigência da interpretação analógica, deve guardar similitude com a circunstância de enfermidade ou deficiência mental da vítima, como, por exemplo, em hipóteses de desmaios, embriaguez alcoólica, estado de coma, sedações e anestésias.

Da mesma forma, Nucci (2022) estabelece que, apesar das similitudes entre os artigos 215 e 217-A, é preciso identificar as diferenças latentes entre eles. Enquanto no tipo penal do estupro de vulnerável tutela-se a ausência, a completa falta de resistência para impedir que o ato sexual se concretize, no caso da violação sexual mediante fraude está-se diante de aspectos relativos da livre manifestação, quer dizer, nesse contexto, a vítima possui condições mínimas de resistir à prática sexual.

Nucci prossegue estabelecendo uma ressalva quanto à imprescindibilidade de se verificar os fatos que antecederam e sucederam a relação sexual para analisar a ocorrência de crime. Segundo postula, tratando-se de pessoas que já se relacionaram anteriormente, ou que continuam a se comunicar após a prática sexual, não se poderia falar em violação sexual mediante fraude, uma vez que, via de regra, esse tipo penal se reserva para o caso de pessoas estranhas entre si, em que uma, sóbria, induz outra, embriagada, a ter com ela conjunção carnal ou outro ato libidinoso, sem que ela tenha plena capacidade de compreender a situação posta.

Com a devida vênia, a nosso ver, é importante absorver essa interpretação com cautela, no sentido de que cingir a aplicação do tipo penal da violação sexual mediante fraude a situações entre pessoas desconhecidas – ainda que, costumeiramente, seja o que ocorre – restringe, implicitamente, o âmbito de proteção tutelado pelo artigo, visto que é perfeitamente concebível que uma pessoa já conhecida pela vítima empregue meio fraudulento a fim de obter a satisfação de sua lascívia com a prática sexual. Inclusive, o fato de ambos se conhecerem pode atuar como um facilitador para a prática do crime, tendo em vista a relação de confiança ali estabelecida.

Para mais, o fato de a vítima já ter tido relações anteriores com o agressor ou de continuar se comunicando com ele após o ocorrido também não impede a configuração do delito de estupro de vulnerável, sendo certo que é demasiado perigoso deixar o exame da situação a formalidades tais como essas, considerando que, nem sempre a vítima entende que o que aconteceu trata-se de violação à sua dignidade sexual, ou prefere manter as aparências por medo ou vergonha, devendo-se ater às circunstâncias do fato em si, sem margem para subjetivismos.

Em sua análise acerca da vulnerabilidade absoluta e da vulnerabilidade relativa, o referido jurista expõe o ponto chave que envolve a discussão deste trabalho. A completa incapacidade para resistir à ação do agente, torna a vulnerabilidade da vítima absoluta, porém, a pouca capacidade de resistência, por mínima que seja, a torna relativa, podendo haver desclassificação desse crime para o delito de violação sexual mediante fraude.

Rogério Sanches Cunha (2016), à semelhança de Nucci, estabelece que a fraude empregada na consunção do delito previsto no artigo 215 não pode anular a capacidade de resistência da vítima, pois incorreria o autor no crime de estupro de vulnerável. Assim, o agente que dopar a vítima com o fim de vencer sua resistência ao ato sexual, responde pelo crime constante do artigo 217-A, e não por estelionato sexual.

Cleber Masson (2018), elucida que a expressão “qualquer outra causa”, contida no §1º, *in fine*, do artigo 217-A, deve ser interpretada de maneira ampla, de modo a englobar todas as causas que retirem da vítima a capacidade de resistir ao ato sexual, pouco importando se ela é colocada na situação de vulnerabilidade pelo próprio agente, ou se este apenas se aproveita da circunstância de vulnerabilidade já instaurada.

Conclui-se, portanto, que a doutrina, a despeito da redação dos tipos penais, estabeleceu uma interpretação própria para a configuração de um delito ou outro. Todavia, a análise é facilitada quando se está diante de situações extremas ou escancaradas, em que as circunstâncias do fato se enquadram, perfeitamente, à descrição de um dos delitos, tornando-os totalmente inconfundíveis.

Todos os respeitáveis juristas aqui citados, e outros que não foram incluídos a fim de se evitar uma repetição desnecessária, são uníssonos ao dizer que, caso a vítima não possua nenhuma capacidade de resistir ao ato sexual, resta configurado o delito de estupro de vulnerável, porém, a menor possibilidade que seja de apresentar resistência, pode abrir margem para a desclassificação para o delito de violação sexual mediante fraude.

Ainda que se venha a concordar com essa interpretação, representando ponto de contato e, também, de divergência entre os delitos, a aferição desse limiar de resistência é intrincada, quando não impossível de ser constatada de maneira indiscutível. Ou seja, apesar de representar uma possível solução ao problema atrelado à redação coincidente dos tipos, essa hipótese é funcional, em grande parte, apenas em teoria.

A realidade, para além de exemplos didáticos, é o que existe entre esses extremos, daí porque a ausência de uma redação clara e precisa que, efetivamente, diferencie os delitos entre si, quanto ao ponto de exame aqui colocado, dificulta a correta aplicação da punição aos autores destes crimes sexuais, o que será exposto no capítulo seguinte.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: COMO A PROBLEMÁTICA REDACIONAL DOS ARTIGOS 215 E 217-A É TRATADA PELOS TRIBUNAIS

Com vistas ao fim desta extensa análise, não se pode exaurir a temática proposta sem antes trazer à baila um vislumbre de como essa problemática vem sendo tratada pelo viés jurisprudencial, focando no destrinche de acórdãos proferidos pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, ao longo dos anos, desde a promulgação da Lei nº 12.015/09, tendo em vista suas implicações na legislação penal, tentando trazer um olhar mais prático à questão.

No entanto, quando se faz a escolha da palavra *vislumbre*, não se trata de uma justificativa para um exame mais conciso ou raso, mas, sim, porque o que se concluiu, após uma exaustiva pesquisa, é que essa questão raramente chega à mesa de discussão dos operadores do direito.

Esse diagnóstico, elucida-se, não se restringe apenas ao STJ, como também se estende aos próprios Tribunais de Justiça do país que, esparsamente, produzem decisões que advogam a respeito da definição desse limiar que separa os dois delitos, em todos os casos, remanescendo esta celeuma como uma espécie coadjuvante da lide principal.

Outro ponto a ser destacado antes que se possa partir, propriamente, à análise dos julgados selecionados, é que, em casos de crimes contra a dignidade sexual, os processos que os apuram correm em segredo de justiça, conforme leciona o artigo 234-B, do Código Penal, para que se possa preservar, logicamente, a intimidade das vítimas e a do próprio ofensor, ao qual é garantida, constitucionalmente, a presunção de inocência até que seja condenado por sentença penal transitada em julgado, vide artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Isso quer dizer que o acesso a tais processos é restrito apenas às partes e seus respectivos advogados e, apesar de não ser perpétuo, podendo ser retirado quando não houve mais razão que justifique sua manutenção, quando o interesse público passa a sobrelevar os interesses particulares, o segredo de justiça limitou, parcialmente, a extensão da pesquisa, sem, contudo, comprometê-la, como se verá a seguir.

Iniciando-se a abordagem pelo exame dos acórdãos extraídos do acervo de jurisprudência do STJ, prontamente, é possível observar como a ausência de uma definição precisa e universal torna intrincada a definição dos crimes de violação sexual mediante fraude ou estupro de vulnerável quando se está diante de casos concretos.

À divergência do exemplo anteriormente utilizado, quando se propôs mostrar o entendimento doutrinário acerca do tema, as duas decisões reunidas tratam de uma mesma hipótese, com posicionamentos divergentes entre si. Em ambos os casos tenta-se fornecer a prestação jurisdicional mais adequada à situação de um médico que, aproveitando-se de sua posição e da relação estabelecida no ínterim da consulta, pratica atos libidinosos contra as pacientes, sob o pretexto de realizar exames de praxe.

No julgamento do *habeas corpus* nº 326.903 impetrado contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia – RO, no processo nº 2015/0138874-5, o ministro relator Ribeiro Dantas, juntamente dos demais ministros que compõem a Quinta Turma, enfrentou as várias teses trazidas pela defesa do paciente.

Em uma delas, de especial relevância para esta exposição, os impetrantes pleiteavam a inépcia da denúncia por violação ao princípio da correlação, uma vez que a conduta descrita pelas vítimas seria melhor enquadrada como crime de violação sexual mediante fraude (art. 215, CP) e não como estupro de vulnerável (art. 217-A), conforme capitulado na inicial acusatória.

O relator, então, destacou um trecho da decisão prolatada em segundo grau, que enfatizava que as vítimas se encontravam em situação constrangedora, despidas e em posição ginecológica para a realização do exame, estando, portanto, absolutamente vulneráveis aos atos do médico, não havendo possibilidade de resistirem à conduta do agente.

Seguindo o entendimento fixado pelo Tribunal *ad quem*, o ministro manifestou-se no sentido de que o pedido de desclassificação entre os delitos é descabido, posto que comprovada a absoluta vulnerabilidade das pacientes, conforme consta da decisão:

Portanto, no delito de violação sexual mediante fraude, a vítima consente com o ato sexual ou ato libidinoso, no entanto sua vontade não é livre, pois induzida em erro.

Já no crime de estupro de vulnerável, na modalidade imputada ao paciente, inexistente consentimento quanto ao ato sexual praticado.

No caso em análise, ao contrário do apontado pelos impetrantes, o fato de as pacientes terem consentido com o exame ginecológico e que, apesar de terem estranhado o procedimento, não o interromperam de imediato, não afasta a imputação criminosa. **Isso porque a situação de sujeição na qual as vítimas se encontravam ao realizar o exame médico as impedia de opor resistência no exato momento da configuração da suposta violência praticada pelo acusado, pois esperavam tratamento clínico e não a prática de qualquer ato libidinoso** (STJ, 2015, p. 9, grifo próprio).

Aqui, consoante posicionamento do ministro, está-se diante de uma hipótese de vulnerabilidade absoluta, ainda que as pacientes do médico estivessem conscientes e despertas,

expandindo a visão de que, para a configuração do delito de estupro de vulnerável, a vítima precisaria estar totalmente impossibilitada de oferecer resistência em razão de embriaguez completa ou estado de coma.

Isso porque, na situação que se descortinou, a própria condição de paciente já era suficiente para inibir sua capacidade de resistência, tanto por estarem desprotegidas, sem suas vestes, quanto pela posição para a realização dos exames, que também impossibilitava alguma reação imediata ante a conduta do médico, passando, ainda, pela ausência de expertise das mulheres que, apesar de estranharem a realização de algum procedimento, viam-se inibidas de dizer algo por não possuírem o conhecimento técnico necessário que pudesse lhes dar certeza de que estavam sendo abusadas.

Por outro lado, dois anos depois, em 2017, pronunciando-se sobre situação semelhante, a mesma Turma, ao julgar o Recurso em *habeas corpus* nº 57.336 – BA, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no processo nº 2015/0047356-0, expressou entendimento diverso, mesmo que, neste caso, não se estivesse argumentando pela desclassificação de um delito para outro.

O relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em seu voto, disse que não havia razão de se falar em vulnerabilidade das vítimas pela simples existência da relação médico-paciente, haja vista que a situação *in casu* já configura a fraude necessária à tipificação do artigo 215 do Código Penal e que as pacientes não apenas tinham o necessário discernimento para compreender os atos lascivos do médico, como também podiam oferecer resistência:

Com efeito, não há se falar em vulnerabilidade pelo simples fato de se tratar de relação médico e pacientes, uma vez que referida situação já configura a fraude necessária a tipificar o tipo penal do art. 215 do Código Penal. Ademais, **as hipóteses de vulnerabilidade legal se referem à ausência de necessário discernimento, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, e impossibilidade de oferecer resistência por qualquer outra causa. Na hipótese, as vítimas tinham o necessário discernimento e podiam oferecer resistência, tanto que os relatos revelam a estranheza com o comportamento do médico, tendo algumas, inclusive, se negado a seguir suas orientações** (STJ, 2017, p. 6, grifo próprio).

Nota-se, portanto, como foram dados tratamentos dissonantes a situações, em muito, parecidas. É óbvio que não se está, de maneira alguma, condenando a possibilidade de mudança de entendimento do Tribunal, uma vez que intrínseca à natureza do direito enquanto ciência social, constantemente influenciada pelas mudanças que atingem a sociedade e trazem novos contornos a situações antes vistas de outra forma.

O intuito deste trabalho é mostrar como a ausência de uma distinção precisa entre os limites das circunstâncias semelhantes previstas nestes tipos penais contribui para gerar insegurança jurídica o que, por sua vez, culmina em uma prestação jurisdicional deficitária, estabelecendo pesos e medidas diferentes a depender de cada caso.

Certo é que, a análise do caso concreto pelos operadores do direito, em casos de crimes tão graves como tais, cujo índice de subnotificação é demasiadamente elevado, deve seguir alguns parâmetros orientadores, para, a partir deles, chegar-se à melhor solução jurídica à situação que se apresenta, tomando em consideração a vítima, o ofensor e a própria sociedade, que será também destinatária dessas decisões.

Longe de ser uma questão afeta apenas aos Tribunais Superiores como o STJ, é possível perceber as consequências dessa problemática redacional dos tipos nos Tribunais de Justiça de todo o país, que, desde 2009, quando alterado o Título VI, que trata dos crimes contra a dignidade sexual, produziram – e ainda produzem – decisões divergentes quando comparadas às soluções doutrinárias apontadas para dirimir esse conflito.

Para exemplificar esse panorama, traz-se dois acórdãos, proferidos em anos diferentes e por Tribunais de Justiça distintos. O primeiro deles, julgado em 2020, pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, trata-se da apelação criminal nº 0003012-21.2017.8.24.0054, de relatoria do desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli, contra decisão do juízo *a quo* da comarca de Rio do Sul. O segundo, julgado neste ano de 2023, pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, refere-se à apelação criminal nº 1.0313.14.027654-1/001, de relatoria do desembargador Franklin Higino Caldeira Filho, contra decisão de primeiro grau advinda da comarca de Ipatinga.

Na decisão do TJSC, o relator rechaçou a desclassificação do delito de estupro de vulnerável para o delito de violação sexual mediante fraude, ao argumento de que a vítima, com quinze anos à época dos fatos, se encontrava em situação de vulnerabilidade absoluta, impossibilitada de oferecer resistência ante a ação do ofensor, por estar em estado de embriaguez completa e, portanto, inconsciente.

Esse entendimento coaduna perfeitamente com as lições doutrinárias apresentadas no capítulo anterior, que listavam, entre outras hipóteses para a configuração do delito previsto no artigo 217-A, do Código Penal, o fato de a vítima estar inconsciente em decorrência de embriaguez, o que, sem dúvida alguma, a impossibilitaria de oferecer resistência, como se concluiu neste caso.

No entanto, analisando a decisão do TJMG, foi dado tratamento diverso à questão, considerando como violação sexual mediante fraude a situação de um padrasto que praticava

atos libidinosos com a enteada, também com quinze anos à época, enquanto ela dormia. Quando a menina acordava, em meio aos abusos, o ofensor disfarçava seu intuito e imediatamente cessava as agressões, evadindo, de imediato, do quarto da adolescente.

Pois bem. O fato de a adolescente estar dormindo, ou seja, inconsciente e desacordada, não é razão suficiente para dizer que se está diante de um crime praticado contra pessoa vulnerável, já que ela não podia opor resistência? E mais, o ofensor imediatamente cessava as agressões quando a garota acordava, ao passo que, nesse momento, já não havia contra o que resistir, pois as agressões não prosseguiram.

É justamente este o ponto nevrálgico da discussão ora apresentada, sendo indiscutível o impasse existente em situações como as analisadas e que, raras vezes, são debatidas de modo aprofundado, restando aos magistrados decidir por sua própria convicção, aliada às provas dos autos, todavia, tal cenário apresenta-se, na grande maioria dos casos, nebuloso.

Algumas das decisões seguiram aspectos mais objetivos, como o fato de as vítimas estarem ou não despidas ou fisicamente em posições que dificultariam uma reação imediata à conduta do agente. Outras deram enfoque aos sentimentos experienciados pelas ofendidas, pela sensação de medo e impotência que sentiam ou o próprio desconhecimento de que as ações a que foram submetidas configuravam abuso.

Ao fim, comparando-se as abordagens escolhidas para fornecer a solução jurídica apropriada ao caso, com algumas é possível concordar mais, e outras menos. Não se está a apontar dedos e dizer qual vertente é mais acertada, afinal, não se trata de uma questão pacificada, até mesmo porque pouco discutida pelos órgãos do Poder Judiciário.

Apesar disso, não há como negar que as contradições existem e que essa incerteza respinga sobre as vítimas que, fragilizadas, buscam o amparo da justiça para que possam, ao menos, ver o seu agressor punido e, muitas vezes, não recebem a resposta esperada de um sistema que deveria protegê-las, pois este mesmo sistema também enfrenta obstáculos a dar-lhes uma solução satisfatória quando a situação não é extrema para um ou outro lado da moeda.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto ao longo deste trabalho, observa-se que as mudanças implementadas pela legislação brasileira em termos de tutela da dignidade sexual foram, sem dúvida alguma, positivas e representaram um avanço não apenas do direito, mas também de toda a sociedade.

Desde a época do Código Criminal do Império do Brasil, até o Código Penal de 1940, com todas as suas alterações posteriores, foi possível visualizar como, no decorrer das décadas, a figura da mulher ganhou novos olhares, um reflexo, em outros fatores, dos movimentos de emancipação feminina que, por uma questão de delimitação temática, não foram o eixo central desta pesquisa.

Ilustrou-se, ainda, a superação do tabu historicamente construído de que homens não poderiam ser vítimas de delitos sexuais, reservados, até então, à proteção da mulher, em razão de sua fragilidade não apenas fisiológica, como se acreditava – o que perpassava o ideal patriarcal de feminilidade – mas também social, por serem minoria, resultado do machismo estrutural.

Não se pode esquecer, é claro, da crescente preocupação com o desenvolvimento de crianças e adolescentes, que também culminou em uma maior proteção de sua vulnerabilidade, abandonando, aos poucos, o propósito de resguardar, unicamente, o pudor das garotas, impedindo o seu defloramento forçado ou induzido por outrem, construindo a ideia de que o seu discernimento quanto a práticas sexuais bem como o seu consentimento para tal é ausente ou, ainda que presente, mostra-se digno de maior atenção, tendo em vista se tratarem de indivíduos ainda em formação.

O próprio conceito de vulnerabilidade se modificou ao longo dos quase duzentos anos desde a outorga do primeiro Código Penal do país, distanciando-se de disposições genéricas e tímidas, até chegar a sua atual esfera de proteção, abarcando os menores de idade – mesmo os maiores de 14 anos e menores de 18 anos possuem uma vulnerabilidade intrínseca ao seu estado de desenvolvimento, sendo neste caso, relativa, e não absoluta como as dos menores de 14 anos (Bitencourt, 2023) – as pessoas com enfermidades ou doenças mentais, que não possuam discernimento para a prática sexual, e as pessoas que, por qualquer outra causa que não sejam as anteriores, não possam oferecer resistência.

Entretanto, mesmo com tanto progresso no que tange à seara dos delitos sexuais, não se pode olvidar que o legislador também gerou, em contrapeso, uma grande problemática redacional, quando da construção dos tipos penais da violação sexual mediante fraude (art. 215)

e do estupro de vulnerável (art. 217-A), que foi o foco deste trabalho, mais explicitamente delineado nos capítulos três e quatro.

Com base nas considerações feitas ao longo desta tese, e novamente retomadas neste ponto, conclui-se que a inexistência de uma delimitação precisa quanto à capacidade de a vítima resistir aos atos do ofensor para fins de tipificação dos delitos de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável compromete a efetividade da prestação jurisdicional, gerando insegurança jurídica ao serem apresentadas soluções diversas para situações símiles.

Consoante reiterado várias vezes, não se está a discutir situações extremas, em que a tipificação dos crimes se dá sem maiores problemas, quando patente o emprego de fraude para a consecução do ato libidinoso ou da conjunção carnal, ou quando a vítima se encontra inconsciente em virtude de estado de embriaguez completa, por exemplo, impossibilitando qualquer resposta defensiva ante os atos do agressor.

Os objetos trazidos à foco são, justamente, os casos em que não se pode aferir a capacidade de resistência da vítima somente com base em critérios objetivos ou, mesmo quando utilizados, levam a respostas jurídicas destoantes. A problemática redacional dos artigos 215 e 217-A é, ainda, pouco discutida, o que é perceptível pela escassez de estudos aprofundados a respeito de suas implicações e da ausência de um volume de decisões que tratem dessa temática.

No entanto, isso não quer dizer que não se trata de um imbróglio a ser discutido com seriedade, para que se pense em um remédio eficaz para corrigir essa controvérsia, de modo a firmar entendimentos consistentes que sejam aptos a dirimir a obscuridade que permeia o embate dos tipos penais, para que a resposta jurisdicional entregue à sociedade seja a mais sólida e justa possível.

Desta maneira, confirmando-se a hipótese que deu origem à essa pesquisa, a melhor solução, acredita-se, seria partir de uma revisão da redação de ambas as tipologias, a fim de dirimir as dubiedades existentes. O princípio basilar da hermenêutica jurídica estabelece que a lei não contém palavras inúteis e, portanto, ela deve ser clara e objetiva ao seu propósito o que não é o que ocorre na situação ora posta.

Para além de uma reforma redacional, urge a necessidade de se estabelecer critérios efetivos e úteis à análise do caso concreto, equilibrando circunstâncias objetivas do fato, mas também aquelas subjetivas, pessoais, que colaborem para que a vítima seja vista como pessoa e não apenas entendida como o polo passivo da conduta praticada.

A prática de crimes sexuais, em que o bem jurídico tutelado é tão caro ao direito, exige disciplina e comprometimento para a correta solução da lide, uma vez que o resultado impacta não apenas vítima e agressor, mas também toda a sociedade que será influenciada pela resposta

dada aos delitos praticados. É imperioso que a névoa que recobre esses delitos seja dissipada, em prol das funções precípuas do Direito Penal, de proteção dos cidadãos e prevenção a novos delitos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública (arts. 213 a 311-A) – Volume 4.** 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Chefia do Governo Provisório. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Rio de Janeiro, RJ: Chefia do Governo Provisório. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22213-14-dezembro-1932-516919-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. **Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.** Rio de Janeiro, RJ: Ministério da Justiça: Imprensa Nacional, 1941.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro, RJ: Assembléa Geral. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 2.992, de 25 de setembro de 1915.** Modifica os arts. 266, 277 e 278 do Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2992-25-setembro-1915-774536-publicacaooriginal-138024-pl.html>. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.281, de 4 de junho de 1996.** Revoga os parágrafos únicos dos arts. 213 e 214 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9281.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.** Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma), **HC Nº 32.903/RO**. Penal e Processo Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Crime previsto no art. 217-A, §1º, do Código Penal. Inquérito policial. Nulidade. Não ocorrência. Procedimento de índole inquisitorial. Ausência de prejuízo. Inépcia da inicial acusatória. Inexistência. Presença dos requisitos do art. 41 do CPP. Prisão preventiva. Circunstâncias concretas. Fundamentação idônea. Excesso de prazo. Ausência de constrangimento ilegal. Prisão domiciliar. Requisitos não demonstrados. *Habeas corpus* não conhecido. Impetrante: André Karam Trindade e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Paciente: P.A.R.DA.S. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2015. DJe de 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **RHC Nº 57.336/BA**. Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Violação sexual mediante fraude. Art. 215 do CP. Médico dermatologista que apalpava suas pacientes. Ausência de vulnerabilidade legal. Ação penal pública condicionada à representação. Representação tardia. Decadência do direito de ação. Extinção da punibilidade. Recurso em *habeas corpus* provido. Recorrente: W.F.DE.C. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2017. DJe de 13 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 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. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=593.num>. Acesso em: 12 out. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VIII. Arts, 197 a 249. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte especial arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (3. Câmara). **APR Nº 1.0313.14.027654-1/001**. Apelação Criminal. Violação sexual mediante fraude. Estupro de vulnerável. Absolvição. Inviabilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Desclassificação do crime de estupro para importunação sexual. Descabimento. Continuidade delitiva. Incorreção. Dupla majoração da pena pelo crime continuado simples e pelo crime continuado específico. Exasperação única da pena pelo triplo conforme a regra do crime continuado específico. Impossibilidade. Recurso exclusivo da defesa. Princípio da “ne reformatio in pejus”. Redução da fração da continuidade delitiva simples. Necessidade. Dúvida relevante sobre a quantidade de crimes cometidos. Apelante: O.T.S. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Franklin Higino Caldeira Filho. Belo Horizonte, MG: 21 de março de 2023. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0313.14.027654-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 dez. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial arts 213 a 361 do código penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (4. Câmara). **APR Nº 0003012-21.2017.8.24.0054**. Apelação Criminal. Estupro de vulnerável (CP, art. 217-A, §1º) e fornecimento de bebida alcoólica a adolescente (ECA, art. 243). Sentença condenatória. Recursos dos acusados. Pretendida absolvição do crime sexual (acusado F.G.C.), Inviabilidade. Erro de tipo rechaçado no interrogatório judicial. Irrelevância, ademais, da idade da vítima (15 anos) para a configuração do crime previsto no art. 217-A, §1º, do CP. Conjunção carnal praticada com a adolescente em estado de embriaguez completa. Caracterização de estupro de vulnerável que não deixa dúvida. Apelante: F.G.C. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli. Florianópolis, SC: 23 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/1105666140>. Acesso em: 6 dez. 2023.

SANTOS, Sabrina de Oliveira. **Dos crimes sexuais e sua constante evolução no ordenamento jurídico**. 2021. Tese (Bacharelado em Direito) – Universidade de Taubaté, São Paulo, 2021.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal brasileiro**: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932.