



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

DIRITTI UMANI: EVOLUZIONE, TUTELA E LIMITI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE – IUS 17

Tutela Penale Dell'Intangibilità Sessuale Del Minore in Brasile e in Italia

Un'analisi dei reati di Stupro di vulnerabili e Atti sessuali con Minorenne

LA DOTTORESSA

ADRIANA AMARAL HAAS

LA COORDINATRICE

PROFSSA. ISABEL TRUJILLO

IL TUTOR

PROF. ALESSANDRO TESAURO

CICLO XXVI

ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2017

“O sexo é uma espada de dois gumes: a gente pode elevar uma pessoa quando faz uso correto dessa força natural, como também pode ferir-se e ferir terrivelmente”.

Pe. Zezinho

INDICE

INTRODUÇÃO	6
-------------------------	----------

CAPÍTULO I.

MORAL SOCIAL, DIREITO PENAL E O OBJETO DE TUTELA NOS CRIMES

SEXUAIS.....	11
---------------------	-----------

1.1. Considerações Preliminares:Moral Social (Sexual) e o Direito Penal	11
1.2. Um Esboço Histórico.Os crimes sexuais no Brasil	17
1.2.1. Período Pré-Colonial: Os povos indígenas	17
1.2.2. Período Colonial	20
1.2.3. Período Imperial	23
1.2.4 Período Republicano: do Código Penal de 1890 ao Código de 1940 e suas atualizações.....	27
1.3.O Objeto de Tutela nos Crimes Sexuais do Código Penal de 1940.....	40
1.3.1.Bem jurídico tutelado nos crimes sexuais na redação original do Código Penal de 1940.....	40
1.3.2. Novo Bem Jurídico: A dignidade sexual	47
1.3.2.1. As influências do contexto cultural e sociopolítico mundial e brasileiro	47
1.3.2.2 O Princípio da Dignidade Humana e sua inferência na Dignidade Sexual	55
1.3.2.3.O Significado de Dignidade Sexual.....	62

CAPÍTULO II.

TUTELA PENAL DA DIGNIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS, ADOLESCENTES E

VULNERÁVEIS	68
--------------------------	-----------

2.1. A Tutela Penal na Legislação Brasileira.....	68
2.1.1 A Positivação dos Crimes Sexuais Contra Vulneráveis no Código Penal.....	76
2.1.2. A Positivação dos Crimes Sexuais no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	79
2.2. A determinação da Vulnerabilidade nos crimes contra a Dignidade Sexual	88
2.3. Da Presunção de Violência e sua Revogação pela Lei 12.015/09	95
2.3.1 A controversia na jurisprudência	101

CAPÍTULO III.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UM NOVO VIÉS HERMENÊUTICO.....	117
--	------------

3.1. Tipificação do Estupro de Vulnerável.....	117
3.2. A divergência sobre o bem jurídico tutelado para o menor de 14 anos.....	124
3.2.1. A Intangibilidade Sexual	130
3.2.2.A Intangibilidade Sexual como um Valor Constitucional	137

3.3. A Vulnerabilidade do Menor de 14 anos e a In(validade) de seu consentimento	150
3.4. A distinção entre Presunção de Vulnerabilidade e Vulnerabilidade Absoluta ou Relativa.....	155
3.4.1. O Fim da Presunção	159

CAPÍTULO IV.

AS IMPLICAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDÊNCIAIS DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

164	164
4.1. A Controvérsia Doutrinária sobre a Vulnerabilidade do Menor de 14 anos	164
4.2. A Controvérsia Jurisprudencial sobre a Vulnerabilidade do Menor de 14 anos	183
4.2.1. Metodologia da pesquisa jurisprudencial	183
4.2.2. Análise Jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça.....	184
4.2.2.1 Argumentação do caráter relativo da presunção de violência	185
4.2.2.2. Argumentação do caráter absoluto da presunção de violência	195
4.3. Análise Jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal.....	215
4.4. Pela Impossibilidade de Relativização da Vulnerabilidade do Menor de 14 anos no Estupro de Vulnerável	219

CAPÍTULO V.

A TUTELA PENAL DA INTANGIBILIDADE E DA LIBERDADE SEXUAL DO MENOR NA ITÁLIA E SUAS IMPLICAÇÕES JURISPRUDÊNCIAIS

5.1. Considerações Iniciais	234
5.2. Um Esboço Histórico: Os Crimes sexuais na Itália, do Código Zanardelli ao Código Rocco.....	235
5.2.1. A Reviravolta da Lei n. 66 de 15 de fevereiro de 1996.....	243
5.2.2. A Lei n. 172 de 01 de outubro de 2012: Ratificação da Convenção de Lanzarote	249
5.2.3. Depois de Lanzarote, que perspectivas para os crimes sexuais contra menores na Itália?.....	251
5.3. A positivação dos crimes sexuais contra menores.....	252
5.4. O crime de Atos Sexuais com Menor e suas implicações teóricas	258
5.5. O crime de Atos Sexuais com Menor segundo a Jurisprudência..de legitimidade.....	263
5.5.1. A irrelevância do consentimento e o tema da intangibilidade sexual segundo a Corte de Cassação.....	263
5.5.2. As circunstâncias agravantes	264
5.5.2.1. A super agravante: o caso dos Atos Sexuais com relação a menores de 10 anos.....	266
5.5.3. A atenuante da "menor gravidade"	268
5.5.4 Considerações sobre a jurisprudência italiana	269
5.6. Confrontando Atos Sexuais com Menor e Estupro de Vulnerável.....	271
5.7. Uma solução plausível para o Estupro de Vulnerável entre Menores.....	285

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	294
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	302
ANEXO 1: Tabela de idade legal de consentimento sexual em alguns países.....	323
ANEXO 2: Mapa da idade de consentimento sexual	325
ANEXO 3: Idade Legal Mínima nos Estados Unidos.....	326

INTRODUÇÃO

Na história da humanidade, a trajetória da sexualidade remonta aos longínquos tempos primitivos e sempre foi um tema controverso, passando por períodos de ampla liberdade e promiscuidade a períodos de fortes repressões, estigmas e tabus, conforme o estágiocultural e a época histórica de cada corpo social. Como toda sociedade é alicerçada em valores, é significativo o interesse do Estado em estipular algumas regras comportamentais na esfera sexual, para que não sejam feridos alguns bens jurídicos. Desta feita, coube ao direito penal circunscrever as condutas sexuais consideradas nocivas ao convívio social, e dentre essas a que chama maior atenção são os abusos sexuais cometidos contra crianças e adolescentes.

O direito penal brasileiro sempre buscou protegê-los, pois trata-se de delito de extrema profundidade e gravidade. Na redação original do Código Penal de 1940, o artigo 224, alínea 'a', previa a violência presumida nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor cometidos com menores de 14 anos. Essa presunção gerou muita controvérsia doutrinária, mas particularmente jurisprudencial sobre a sua natureza jurídica se *iuris et de iure* ou *iuris tantum*.

Com o advento da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, reformulou-se o Título IV-*Dos crimes contra os costumes*, momento em que houveram amplas e profundas modificações a começar com a mudança de paradigma do bem jurídico tutelado que passa a ser a *Dignidade sexual*. Dentre as várias modificações revogou-se a presunção de violência do artigo 224 do CP, e criou-se o estupro de vulnerável (art. 217-A), que visa à proteção sexual do menor de 14 anos, da pessoa que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

O novo delito abandona a presunção de violência e adota como critério a vulnerabilidade da vítima, que conforme a vontade do legislador determina que a vulnerabilidade do menor de 14 anos é absoluta. Mas mal entra em vigência e já surge na doutrina nacional a velha polêmica sobre a presunção de violência agora rotulada de presunção de vulnerabilidade. Novamente surgem controvérsias, principalmente na doutrina, sobre a natureza jurídica da agora presunção de vulnerabilidade e sobre qual bem jurídico tutelado no estupro de vulnerável.

Realizando doutorado na Universidade de Palermo – Itália, vislumbrou-se um cenário distinto no direito penal italiano, que também reformulou amplamente a matéria sexual do Código Rocco através da Lei n. 66 de 1996 e demais alterações devido a Convenção de Lanzarote da União Européia.

Na legislação penal peninsular há o delito homólogo *atti sessuali con minorenne* (art. 609-*quater* do CP italiano), que tutela de forma diversa os menores de 14 anos, os maiores de 14 anos e menores de 16 anos e os maiores de 16 anos e menores de 18 anos. Particularmente o maior interesse está na tutela dos menores de 14 anos, tanto a doutrina italiana quanto a jurisprudência não apresentam divergências sobre a incapacidade de consentir desses. Não há a tentativa de relativizar esse critério etário, porque há um consenso, uma aceitação que o bem jurídico tutelado no referido delito em relação aos menores de 14 anos é a intangibilidade sexual.

Assim, o tema foi escolhido em virtude da preocupação social da realidade brasileira, onde infelizmente cresce a exploração, violência e abuso sexual de crianças e adolescente, sendo inclusive criada uma CPMi para investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no país. Do resultado dessa Comissão Parlamentar derivou o Projeto de Lei que culminou com a edição da Lei 12.015 de 2009.

Desse modo a relativização da vulnerabilidade é preocupante, pois não é tolerável que inúmeras crianças e adolescentes não consigam exercer seu direito à intangibilidade sexual.

As reflexões e apreciações constantes na presente tese têm o objetivo de analisar e demonstrar à luz da Constituição Federal Brasileira e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que o bem jurídico tutelado no estupro de vulnerável, do ponto de vista ético e jurídico, é a intangibilidade sexual não cabendo a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos em atos sexuais praticados com adultos.

Busca-se através de estudo comparativo com a legislação penal italiana, encontrar uma solução para o chamado “estupro bilateral”, que consiste na prática de atos sexuais consensuais entre menores, sendo ao menos um menor de 14 anos, que atualmente no diploma penal brasileiro constitui ato infracional análogo ao estupro de vulnerável.

Examinar essas questões, através de um olhar puramente jurídico, não acrescentaria contribuições ao debate. Assim, optou-se por uma pesquisa multidisciplinar, isto é, perpassando por diversas áreas do conhecimento.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, procurando-se a partir de certas premissas construir um raciocínio lógico, ao longo do trabalho, culminando nas considerações

finais. O método procedimental utilizado na pesquisa será o descritivo nos dois primeiros capítulos e nos demais capítulos além do descritivo, em parte o método argumentativo no último item de cada capítulo.

Em relação à técnica, a pesquisa realizada foi de cunho bibliográfico e jurisprudencial, devido ao fato, de ter-se mostrado mais condizente com a finalidade da tese, velendo-se da utilização de diversas fontes do direito penal nacional e internacional para consolidar o pensamento.

Para obterem-se os objetivos propostos e uma melhor percepção da pesquisa, teve-se a necessidade de, ao longo da pesquisa, responder a algumas questões fundamentais, por isso dividiu-se o tema em cinco capítulos:

No primeiro capítulo direciona-se a um breve apanhado da distinção entre direito e moral, as interligações entre moral social (sexual) e o direito penal e a importância de se buscar um direito penal que tutele os bens jurídicos mais relevantes e não meramente questões morais. Após passa-se a um esboço histórico dos crimes sexuais no Brasil, buscando identificar os crimes sexuais que tutelavam as crianças e adolescentes e quais os limites de idade de consentimento adotados.

Para isso, serão analisadas as principais fases da evolução histórica do direito penal brasileiro: o período pré-colonial, no qual não se pode afirmar a existência propriamente dita de um direito penal nos povos indígenas, o período Colonial, Imperial e Republicano. Nesse último período analisar-se-á os contextos históricos da vida do país e seus reflexos no Código Penal de 1890 e o Código Penal de 1940, percorrendo-se as alterações ocorridas nos crimes sexuais nas últimas décadas, com especial destaque à Lei 12.015/09 até as últimas alterações da Lei 13.344 de 6 de outubro de 2016.

Com essas reformas nos crimes sexuais essencial será o cotejamento do objeto de tutela nos crimes sexuais do Código de 1940 – *Dos Crimes contra os costumes*, com o atual objeto de tutela após a reforma de 2009, *Dos crimes contra a dignidade sexual*, buscando-se os seus reflexos e as razões da tutela penal sexual. Sendo a dignidade sexual desdobramento do Princípio da Dignidade Humana, insculpido no art. 1º, inc. III da Constituição Federal entende-se pertinente situar o leitor italiano sobre o contexto cultural, sociopolítico e jurídico vivenciado pelo país na elaboração da constituinte, pois representa a adoção de um novo modelo de Estado: Estado Democrático de Direito, que traz amplas modificações no ordenamento jurídico, em especial no direito penal e na tutela sexual. Na avaliação do novo bem jurídico: dignidade sexual será buscada seu significado.

No segundo capítulo será apreciada a tutela penal da dignidade sexual das crianças, adolescentes e vulneráveis, a preocupação da sociedade civil e do legislador de coibir a violência, abuso e exploração sexual infanto-juvenil. Para isso, será apreciada ainda que brevemente, a positivação dos delitos sexuais contra vulneráveis previstos no Código Penal, bem como os delitos positivados no Estatuto da Criança e do Adolescente que os protegem contra o aliciamento e a pornografia infanto-juvenil. Após se buscará determinar o conceito de vulnerabilidade nos Crimes Contra a Dignidade Sexual e, por último entende-se pertinente antes de adentrar, no estudo do estupro de vulnerável dissecar a presunção de violência na doutrina e na jurisprudência, pois além de nos ter sido orientado realizar uma forte pesquisa jurisprudencial, será a oportunidade de o leitor italiano compreender a polêmica nacional e sua evolução até adoção da vulnerabilidade, e ainda colorabora para se verificar se com o novo delito estupro de vulnerável, não houve uma mera transposição da questão “presunção de violência” para “presunção de vulnerabilidade”.

No terceiro capítulo, adentra-se no âmago da pesquisa o estupro de vulnerável, onde se procurará realizar um novo olhar hermenêutico. Primeiramente, será abordada a tipificação do delito apresentando-se seus elementos e aspectos mais relevantes, posteriormente será analisada a divergência na doutrina pátria sobre o bem jurídico tutelado para o menor de 14 anos e será apresentada a intangibilidade sexual como o bem jurídico mais adequado à proteção do menor de 14 anos no estupro de vulnerável, para isso explica-se seu conteúdo no direito penal italiano e espanhol e após busca-se demonstrar que dentre o catálogo dos valores constitucionais encontra-se a intangibilidade sexual, e a Constituição Federal determina em relação as crianças e adolescentes uma norma de proibição de proteção deficiente bem como um mandado de criminalização expresso. Para corroborar a tese que a vulnerabilidade é absoluta utiliza-se além da área jurídica de outras áreas do conhecimento para demonstrar a invalidade do consentimento do menor. Será ainda realizada uma distinção entre a presunção de vulnerabilidade e a vulnerabilidade, com o fito de identificar as correntes doutrinárias sobre o tema, pois se percebe uma tendência forte da doutrina penal nacional de simplesmente transpor a discussão da presunção de violência para a presunção de vulnerabilidade e na realidade com a redação do art. 217-A, não cabe mais nenhuma presunção.

Já no antepenúltimo capítulo intitulado *As implicações doutrinárias e jurisprudências do Estupro de Vulnerável*, será realizado um estudo para identificar os argumentos de cada corrente doutrinária sobre a relativização ou não da vulnerabilidade do menor de 14 anos, bem como quantificar como hodiernamente se divide a doutrina. Para isso serão analisados livros, artigos, Códigos Penais Comentados de diversos autores sobre a

questão para mapear as correntes doutrinárias. E finalmente passa-se a análise da controvérsia jurisprudencial sobre a vulnerabilidade no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Após isso, apresentar-se-à as justificativas pela impossibilidade de relativização do menor de 14 anos.

Por fim, no capítulo derradeiro intitulado *A Tutela Penal da Intangibilidade e da Liberdade Sexual do menor na Itália e as suas implicações jurisprudenciais*. Apresentar-se-à da mesma forma que realizado com o direito brasileiro, um breve esboço histórico dos crimes sexuais na Itália, do Código Zanardelli ao Código Rocco perpassando as últimas modificações legislativas na esfera sexual no direito penal italiano. Aprecia-se sucintamente a positivação dos crimes sexuais contra menores na legislação penal peninsular, para então adentrar-se no delito homólogo ao estupro de vulnerável: *atti sessuali con minorenni*. Nesse momento, apresenta-se sua tipificação e interpretação doutrinária, para posteriormente trazer à baila alguns aspectos jurisprudências. Realiza-se um confronto entre os referidos delitos e finalmente apresenta-se uma alternativa para o estupro de vulnerável entre menores.

CAPÍTULO I.

MORAL SOCIAL, DIREITO PENAL E O OBJETO DE TUTELA NOS CRIMES SEXUAIS

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: MORAL SOCIAL (SEXUAL) E O DIREITO PENAL

A sexualidade humana sempre suscitou polêmicas, em torno dela sempre houve discussões que se confundem com tabus, preconceitos, religiões e também se modificam conforme a cultura e a história de cada sociedade.

O comportamento sexual sempre sofreu algum meio de controle seja religioso, moral, ou pelo sistema jurídico.

Essa repressão sexual ocorre porque o comportamento sexual é uma conduta tão relevante na vida em sociedade que seu exercício apresenta reflexos diretos nas instituições sociais fundamentais do próprio Estado. Daí ser correta a afirmação de que a repressão sexual é inevitável, porque a sexualidade humana encontra-se associada ao matrimônio, ao adultério, à prostituição, ao celibato, situações estas, entre tantas outras, que influem inevitavelmente nos interesses da propriedade, na estrutura família, e até mesmo nos conceitos acerca da moral social de uma determinada cultura.¹

Como o comportamento sexual é relevante para o Estado, o direito trata do assunto, e o direito penal em especial, pois a ele cabe coibir os comportamentos sexuais considerados mais nocivos à sociedade. Pois “a manifestação da sexualidade humana nunca foi um tema pacífico e sua história é a história de sua repressão. O direito, e o direito penal, é uma das mais importantes formas de seu controle”.²

A interferência do Direito Penal no campo da sexualidade sempre tropeçaram situar à distinção entre direito e moral. Por isso, para melhor compreender as mudanças ocorridas nas normas penais incriminadoras do Código de 1940 e sua atual redação, modificada com a

¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Atlas, 2011. p 23.

² GRECO; RASSI, *op.cit.*, p. 5.

Lei 12.015 de 2009, faz-se necessário ainda que brevemente abordar sobre a relação: moral e direito³.

A cultura, os valores de cada sociedade influenciam na moral, - moral social⁴-, e essa por sua vez, se faz refletir no direito. Ferrajoli analisando a separação e a confusão entre direito e moral, menciona que a doutrina da separação entre o direito e a moral é complexa, e baseia-se:

[..] no caráter positivo e convencional do direito moderno, tanto na idéia de que o direito é ‘valor’ enquanto tal, quanto daquela de que os valores, enquanto tais, constituem ‘direitos’, idéias estas que retratam os dois opostos, mas frequentemente convergentes, pré-julgamentos ideológicos que na prática, sempre alimentaram, sob a forma de formalismo ou legalismo ético e de substancialismo ou moralismo jurídico, o surdo rigor legalista e o incontrolado arbítrio judiciário.⁵

Portanto desse ter cuidado para não se ter formalismos éticos ou moralismos jurídicos no campo do direito penal sexual.

“A moral social ganha foros de maior destaque se observadas as relações que guardou (ou ainda guarda) com o direito penal (também o sexual). Afinal de contas, por muito tempo as interpenetrações da moral social no direito penal determinaram o seu conteúdo e função.”⁶

³ Não se pretende nesse estudo realizar uma revisão teórica sobre direito e moral, que é amplamente tratado na filosofia do direito, mas tão somente demonstrar que no campo da sexualidade humana, por mais que se almeje um direito penal sem influência da moral, torna-se praticamente impossível.

⁴ Para Guimarães: A Moral é um dos sistemas normativos que surgem naturalmente nas sociedades orgânicas com o fim de disciplinar a conduta humana: em conjunto com outros sistemas normativos, como o da religião, o das normas de etiqueta e boas maneiras, v.g. ela estabelecerá os limites dentro dos quais o homem se expande na manifestação de sua liberdade. [...] a moral, estabelecerá uma ordem de valores dos bens e interesses da sociedade, condicionada de forma irrenunciável pela cultura e por um determinado *hic et nunc* histórico. Tal como ocorre, aliás, em outros sistemas normativos da sociedade, inclusive o do direito. Quer dizer, a moral deverá ser compreendida naqueles dois planos que mencionamos anteriormente: o do espaço temporal e o cultural. No entanto, apesar de o sistema de normas morais (e estamos a referir sobre a moral social) não dispor de mecanismos de coação, que são próprios ao sistema jurídico-político exercido pelo Estado, não se pode desconhecer o seu caráter de heteronomia: é que suas normas se comunicam aos membros da sociedade. É por isso que, acompanhando Henkel, poderemos dizer que “ () ela [a moral social] é um conjunto das exigências morais de comportamento que a sociedade formula aos seus membros, (...) representa a ordem de usos positivada pela sociedade para o seu espaço vital, uma forma social da moral”. GUIMARÃES, Issac Sabbá. Direito Penal Sexual: Fundamentos, Fontes e Direito Penal Positivo. 2 ed. Curitiba: Juruá editora. 2016, p 114.

⁵ FERRAJOLI. Luigi. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. Trad. Zomer et el. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.179-180.

⁶ GUIMARÃES, Issac Sabbá. Direito Penal Sexual: Fundamentos, Fontes e Direito Penal Positivo. 2 ed. Curitiba: Juruá editora. 2016, p 113.

Partindo-se do pressuposto que a moral social compreende um sistema normativo⁷, sendo assim manterá algum contato com o sistema normativo do direito penal. Dessa forma oportuna a transcrição da lição de Guimarães:

Se não exatamente sobrepostos, são pelo menos interligados por traços comuns. O respeito ao próximo, *v.g.*, não é apenas norma religiosa, mas verdadeira norma da moral social que ninguém desconhece. É através do mesmo raciocínio que poderemos encontrar nítido contato entre o sistema de normas da moral social e o direito. De forma que, para seguirmos no exemplo, já referido, poderemos encontrar um sentido de respeito ao próximo na norma da moral social que censura a prática de atos sexuais com crianças e nos crimes sexuais nos quais a violência é presumida em razão da idade da vítima. Tanto a codificação da moral social quanto o direito entendem, neste caso, que as pessoas devem atingir a maturidade física e psíquica para fazerem suas escolhas sexuais livremente, o que não deixa de ser uma representação de respeito à pessoa humana. Repare-se que, por enquanto, não estamos afirmando uma direta influência da moral social na constituição do direito penal (sexual), mas salientando, tão somente a ocorrência de zonas de contato entre os dois sistemas normativos.⁸

Não é novidade que moral e direito possuem interligações, e quando se trata da sexualidade humana, essa sempre foi objeto da moral social, daí surgindo a moral sexual.

Muñoz Conde entende a moral sexual “como aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos limites las manifestaciones del instinto sexual de las personas.”⁹

A moral sexual teve um desenrolar histórico conforme a moral vigente em cada época. “É de relevância ressaltar a oscilação de comportamentos permitidos e proibidos ao longo do tempo.”¹⁰

Nesse sentido Greco e Rassi:

Sob esse enfoque, a sexualidade deixa de ser um fenômeno meramente biológico ou natural, que ao sofrer modificações quanto ao seu sentido, à sua função e à sua

⁷ Embora as normas da moral social não possuam coerção, elas podem vir acompanhadas por verdadeiras sanções aplicáveis diretamente pela sociedade, como por exemplo, o isolamento, a indiferença, os atos de repúdio ou de mera antipatia, que podem configurar as penalizações impostas pela sociedade contra um transgressor de suas normas de moral social. Conforme GUIMARÃES, Issac Sabbá. *op.cit.*, p 114-115.

⁸ GUIMARÃES, *op.cit.*, p 115.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*, 15 ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004, p. 210. Tradução livre: a moral sexual pode ser entendida como aquela parte da ordem moral social que orienta dentro de determinados limites as manifestações do instinto sexual das pessoas.

¹⁰ SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.130.

regulação, desloca-se para o plano da sociedade, da cultura e da história. Não há caráter absoluto nos comandos comportamentais de uma sociedade no que diz respeito ao comportamento sexual. A própria historicidade desses comandos, verificada em determinada época, é capaz de demonstrar a relatividade desses comportamentos.

Assim, cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sobre a diferença entre o que é “certo” ou “errado” no comportamento sexual e, estabelecido o mínimo de valoração sobre o que é “certo” ou “errado”, “positivo” ou “negativo” na conduta sexual, os conceitos poderão ser modificados e condicionados pelo tempo e pela cultura em uma determinada época.¹¹

Os valores de uma sociedade influenciam, constituem a moral dessa sociedade, e essa moral social, particularmente a moral sexual, irá influenciar o direito penal¹².

É inegável que a tutela penal da sexualidade sofre influência da moral, particularmente da moral sexual, mas isso não significa dizer “mesmo havendo zonas de coincidência entre os sistemas normativos da moral e do direito, aquele não vai determinar o conteúdo deste: o direito penal sexual, por outras palavras, não será a expressão da moral. Será, antes a tradução daqueles valores extraídos das áreas de consenso da sociedade e que, portanto, já não estarão na esfera simples da moral, mas sim, na da ética social”¹³.

Martinelli vai além mencionando que:

Não se pode pensar mais em normas penais preocupadas com questões de ordem meramente moral. O Direito Penal é o ramo mais violento do ordenamento jurídico e, por isso, deve estar restrito à proteção de bens relevantes contra comportamentos graves. A moral, por si só, não pode ser fundamento da criminalização de condutas, nem pode estar na condição de bem jurídico principal a ser tutelado.”¹⁴

Deve-se buscar um balanceamento, uma medida da moral social-sexual principalmente na esfera do direito penal sexual. Para isso, se faz necessário estabelecer critérios, limites entre o direito penal e a moral, principalmente no campo da sexualidade

¹¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Atlas, 2011, nota dos autores. p XV.

¹² O direito penal abrigará a norma moral de conteúdo idêntico ao seu, mas por outro lado, nem tudo que for considerado reprovável pela moral sexual será pelo direito penal. Por exemplo, já o Código Penal brasileiro de 1940, mesmo antes da atual reforma não previa e não prevê o incesto, o homossexualismo como crimes.

¹³ GUIMARÃES, *op.cit.*, p 118.

¹⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. Revista Síntese de direito penal e processual penal. Porto Alegre, v. 11, n 68, jun/jul. 2011. p. 8-9.

humana, para se atingir um equilíbrio, pois as sociedades, o Estado, não podem pretender que o direito penal interferira sem limites sobre a sexualidade de seus cidadãos.

O direito penal sexual deve se preocupar em proteger os bens jurídicos mais importantes do comportamento sexual, destacando-se em primeiro lugar, a tutela da sexualidade das crianças, adolescentes e vulneráveis.

Veja-se a concepção do direito penal sexual para Macri:

Il diritto penale sessuale, dunque, si caratterizza attualmente quale settore penalistico avente come oggetto di tutela la sfera sessuale della persona da altrui interferenze non solo coercitive, ma anche abusive o comunque non espressamente volute: **ritenendosi di regola le ingerenze sessuali di qualunque tipo a danni di minorenni ‘abusive’, con presunzione assoluta**, al di sotto di una determinata soglia anagrafica variabile, a seconda del singolo ordinamento penalistico e del tipo di condotta ‘intrusiva’, dai tredici ai diciotto anni.¹⁵[sem grifo no original]

Depreende-se a importância de se estabelecer regras de intervenções a qualquer tipo de danos e abusos aos menores estabelecendo-se presunção absoluta abaixo da idade limite cronológica, isto é, idade limite de consentimento estabelecida, em cada ordenamento penal.

Consequentemente, uma das questões centrais está na análise, na interpretação e compreensão do bem jurídico¹⁶, que o legislador visa tutelar, pois, o “objeto do direito penal é

¹⁵ MACRÌ, Francesco. Verso un nuovo diritto penale sessuale: diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia. Firenze : Firenze University Press, 2010. p.3. Tradução livre: O direito penal sexual, portanto, caracteriza-se atualmente como o campo do direito penal que tendo como objeto a tutela da esfera sexual da pessoa de interferência dos outros, não só coercitivo, mas também abusiva ou de qualquer forma não expressamente desejado: considerando-se de regra as interferências sexuais de qualquer tipo de danos abusivos a menores, com presunção absoluta, sob um determinado limite cronológico variável, consoante cada ordenamento penal e do tipo de conduta intrusiva, de treze a dezoito anos.

¹⁶ Não é escopo deste trabalho o estudo sobre as várias vertentes sobre conceituação e natureza do bem jurídico, apenas de demonstrar que o legislador quando elege quais os bens dignos de tutela penal, considera os valores mais importantes da sociedade e que deve observar e respeitar os preceitos constitucionais. Lembrando é claro que o direito penal deve se pautar pelos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade, *ultima ratio legis* e etc.. Não se olvida as etapas de construção do conceito e conteúdo de bem jurídico de Feuerbach, Binding, Von Liszt, Hassemer, Roxin. Cabe ainda mencionar que por meio de linhas do pensamento funcionalista o conceito de bem jurídico vem sofrendo. Mas coaduna-se com o pensamento de Bitencourt sobre a importância da conceituação de bem jurídico. Veja-se: “Não significa, contudo, sentenciar de morte o conceito de bem jurídico, nem o abandono de sua função crítica, pelo contrário, ainda hoje é possível sustentar que o conceito de bem jurídico desempenha um papel produtivo importante já no nível primário de averiguação da estrutura do delito, e, num segundo plano (no segundo nível), na determinação do marco de ações compreendidas no tipo como ‘de menosprezo do bem jurídico’”. Em outros termos, o conceito de bem jurídico continua sendo determinante no processo exegético de determinação da matéria proibida e da própria estrutura do delito. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, vol 1, 19 ed São Paulo: Saraiva, 2013, p.45.

Entretanto apresentam-se alguns conceitos: Conforme Francisco de Assis Toledo, “bens jurídicos são valores ético-sociais, que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para

constituído a partir da identificação de bens jurídicos, entendendo-se esta categoria dogmático-jurídica como aqueles valores mais representativos para a sociedade”¹⁷. Ainda oportuna a lição de Prado: “O conceito material de bem jurídico reside na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente *valorado e relativo*, isto é, válido para determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural.”¹⁸

Destarte, percebe-se que a relação entre a moral e o direito pode acabar influenciando em qual ou quais bens jurídicos se visa tutelar penalmente, sobretudo, no comportamento sexual da sociedade. Greco e Rassi afirmam que:

Assim, numa primeira abordagem sobre a necessária delimitação do conteúdo do direito penal sexual, deve-se identificar a proteção da moral, para depois identificar o conteúdo preponderante de proteção a cada figura criminosa de conotação sexual. Identificado o bem jurídico preponderante, também o estará aquele secundário ou periférico.¹⁹

Também Macrí aponta que no direito penal sexual moderno apresentam-se vários bens jurídicos, conforme o crime sexual:

In primo luogo la lesione della sfera sessuale dell'individuo si ricollega spesso ad una offesa altresì di altri beni giuridici dello stesso (libertà morale, libertà fisica, diritti della personalità, diritto all'onore, integrità fisica ecc.), per cui sovente ci si trova dinanzi a condotte plurioffensive. In seconda battuta, i principali beni giuridici precipuamente tutelati dal diritto penale sessuale, che consistono nella libertà sessuale (stricto sensu intesa), nell'intangibilità sessuale dei minorenni, nella

que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva 1994, p.16

Para PRADO, “o bem jurídico, como bem do direito, conjuga o individual e o social (de natureza material ou espiritual) e tem suficiente importância para a livre convivência social.[...] resta precisar o conceito de bem jurídico-penal, como sendo um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem. PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral. 8 ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 137.

Para Damásio de Jesus sobre bem Jurídico: *Bem* é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo *valor reconhecido* pelo Direito torna-se um *bem jurídico*. Os Bens jurídicos são ordenados em hierarquia. O Direito Penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Impondo sanções aos sujeitos que praticam delitos, o Direito Penal robustece na consciência social o valor dos bens jurídicos, dando força às normas que os protegem. JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, parte geral: vol.1. 33 ed, São Paulo: Saraiva 2012, p.46.

¹⁷ GUIMARÃES, *op.cit.*, p 122.

¹⁸ PRADO, Luis Regis. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 137.

¹⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *op.cit.*, p. 41.

‘tranquillità sessuale’ e nel regolare sviluppo psico-físico dei minori sotto il profilo sessuale, sono caracterizzati da una certa ‘immaterialità’ degli interessi specificamente protetti, essendo la sexualidade humana uma componente que – pur manifestandosi certamente a livello esteriore – pertiene principalmente alla sfera interiore dell’individuo.²⁰

Portanto, vê-se a importância da identificação correta do bem jurídico a ser tutelado no campo da sexualidade.

1.2. Um Esboço Histórico. Os crimes sexuais no Brasil

A evolução histórica dos crimes sexuais no direito penal brasileiro passa, inexoravelmente pela análise da positivação dos mesmos ao longo das legislações penais vigentes no Brasil. O escopo é analisar as diversas conotações dadas aos crimes sexuais nos diferentes períodos da história brasileira, com especial atenção ao tratamento dado aos menores no campo da sexualidade.

A história do direito penal pátrio se apresenta em três fases: período colonial, período do Império e período republicano, entretanto se fará menção ao período pré-colonial relacionado aos povos indígenas.

1.2.1. Período Pré-Colonial: Os povos indígenas

O Brasil foi descoberto em 22 de abril de 1500, com a chegada ao litoral sul do atual estado da Bahia, das caravelas da esquadra portuguesa, comandada por Pedro Álvares Cabral. Antes da chegada dos portugueses, o território já era povoado por várias tribos indígenas²¹, que apresentavam estágios diversos de evolução, onde vigoravam costumes, mitos, tabus. A ideia primitiva de direito penal, passava pela punição “e afirma-se que nele se encontram a vingança privada, a vingança coletiva e o talião”²².

²⁰ MACRÌ, Francesco. *op. cit.*, p.3.

²¹ Historiadores afirmam que antes da chegada dos portugueses havia aproximadamente 5 milhões de índios em território brasileiro. Estes índios brasileiros estavam divididos em tribos, entre elas citam-se: Tupinambás, Tupinaés, Tapuias, Tupis, Tupiniquins, Tamoios, Guaranis, Ibirajaras, Goitacazes, Carijos. Aruaques e Caraíbas (Amazônia), Caetés, Potiguaras, Tabajaras.

²² PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, SP: Jalovi, 1980. p. 5.

Como bem expõe Noronha:

[..] entre os selvagens, o direito consuetudinário entrega o criminoso à própria vítima ou aos parentes desta; e se aquele que delinqüiu pertence a uma tribo ou taba estanha, o dano ou delito deixa de ser pessoal e se converte numa espécie de crime de Estado. Acrescenta que não só o homicídio- por sinal que muito raro – mas também o adultério, a perfídia, a deserção, principalmente, da tribo (onde melhor se consolidava o direito) e o roubo (praticado noutra taba, já que na mesma taba tudo era comum) eram punidos.

As penas, nos delitos de certa gravidade, eram aplicadas por um juiz. Havia outros casos, naturalmente em crimes mais graves ainda, em que o julgamento cabia a uma assembléia, constituída em tribunal, com aplicação das penas de castigo corporais e provações, até a morte. Às vezes, a punição cifrava-se na entrega do criminoso aos parentes da vítima, se o crime era homicídio.²³

Durante essa fase histórica não havia leis codificadas, são os chamados direitos dos povos sem escrita. Esse direito consuetudinário não influenciou os portugueses, que importaram suas leis. Segundo Gonzaga: “nessa cultura de floresta tropical’ não se vislumbra nenhum dinamismo, nenhuma semente de progresso, que justifique falar-se em autêntica organização jurídico-social.”²⁴

Entretanto, os indígenas possuíam costumes e consciência de comportamentos que eram proibidos e merecedores de sanções de caráter penal, supondo-se a existência de um direito penal público e privado nas tribos indígenas brasileiras:

[...] o primeiro abrangendo atos que suscitavam atitude de reprovação coletiva, porque não atingiam nenhuma pessoa determinada, mas unicamente os sentimentos ou interesses gerais (v.g., covardia em combate, violação de certos tabus, incesto, etc.). O segundo, abarcando ofensas dirigidas a pessoa determinada (homicídio, adultério, etc.), caso em que os costumes estabeleciam o direito de vingança em favor da vítima e de terceiros a esta ligados. Os contornos dos dois campos, todavia, se apresentam por demais embaçados para que tentemos demarcá-los.²⁵

Todavia, foi justamente os temas relacionados aos costumes sexuais e a família, que suscitaram mais malentendidos e preocupações por parte dos colonizadores. Os missionários

²³ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1977-78, p.63.

²⁴ GONZAGA, João Bernardino. O direito penal indígena. São Paulo:Max Limonad, [s.d.],p. 19.

²⁵ GONZAGA, *op. cit.*, p. 58.

consideravam desregrados, luxuriosos, pois homens e mulheres viviam despídos e lhes faltava o sentimento de pudor, não sendo incomum, se relacionarem em público; já outros os consideravam com inocência a respeito do pudor.²⁶

Em matéria sexual, merece destaque que desmonstravam um grande respeito aos menores, como bem observa Gonzaga:

Contudo, até o momento da puberdade, era absolutamente vedada para a mulher qualquer prática sexual. Tratava-se de tabu, respeitado mesmo quando, ainda criança, ela já era entregue ao futuro marido. No momento porém em que a moça se tornava púbere, cortavam-lhe os cabelos, gravavam-lhe no corpo certas marcas simbólicas, atavam-lhe à cintura um fio de algodão, para que venha à notícia de todos o acontecimento; e daí por diante, passava a gozar de ampla liberdade. Realizada a primeira experiência sexual, com o marido ou com qualquer outro, também isso devia ser tornado público pelo rompimento daquele fio de algodão, que simbolizava a virgindade.²⁷

Portanto, desde períodos remotos antes da chegada dos portugueses, os povos indígenas demonstravam preocupação com a prática de atos sexuais com mulheres que não haviam ainda atingido a puberdade, preocupação essa que se mantém atual até o presente.

Era corriqueiro o defloramento da jovem solteira, sem nenhuma consequência moral, o que com a chegada dos colonizadores não produziu bons resultados. Realizavam os matrimônios de prova, destinados a testar a recíproca compatibilidade entre os “noivos”. Após o casamento, no entanto, a mulheres estavam obrigadas a manter um procedimento correto, logo não se admitia o adultério por parte da mulher, que era absolutamente proibido e castigado geralmente com a morte, ou sendo vendida como escrava. Se houvesse algum nascimento fruto do adultério, a criança era enterrada ao nascer. Já o homem podia ter várias esposas, e geralmente contraiam casamento somente após os 30 anos, mas a iniciação sexual masculina ocorria cedo geralmente com mulheres mais velhas.

Ressalte-se ainda, algumas ações consideradas tabus, e, portanto, reprovadas como a prática de relações com meninas impúberes ou com mulheres durante a menstruação, o não uso de símbolos indicativos da condição sexual da pessoa. Presume-se que o estupro era

²⁶ Nesse sentido, Pero Vaz de Caminha, Spix e Martius, Gilberto Freyre.

²⁷ GONZAGA, *op. cit.*, p. 149-150.

severamente julgado, “pois a sedução violenta entre os selvagens é considerada ofensa grave à família da seduzida, sendo cruelmente vingada”²⁸. Da mesma forma, o rapto.

Quanto ao homossexualismo era fato comum e avaliado com benevolência. O incesto, via de regra, era reprovado. Mas, em algumas tribos, principalmente do Amazonas, era bem comum e praticado sem reprovação²⁹. Já nas tribos mais ao sul, como os tupinambás só ocorriam clandestinamente, pois era publicamente reprovado.

Desta feita, as primeiras leis escritas aplicadas em *terras brasilis* surgiram com a chegada dos portugueses, início do período da Colônia.

1.2.2. Período Colonial

No período colonial (de 1500 a 1882), são as ordenações do Reino de Portugal os diplomas jurídicos que foram adotados. À época do descobrimento vigoravam as Ordenações Afonsinas (1446-1521)³⁰, divididas em cinco livros. O Livro V aborda o direito penal e processual.

Em 1521, sobrevieram as Ordenações Manuelinas, que “segue o sistema das Ordenações anteriores, com a edição de novos provimentos surgidos desde então, com poucas correções.”³¹ Mantém-se, a distribuição da matéria em cinco livros, e estes em títulos e parágrafos. Da mesma forma, o direito penal estava disposto no Livro V. “Note-se, contudo, que, até 1530, a justiça Penal no Brasil se fazia ao arbítrio dos titulares das capitanias.”³²

Com o desenvolvimento comercial, devido à expansão das conquistas de Portugal além mar, surgiram numerosas leis extravagantes, que foram coligadas por Duarte Nunes do Leão em 1569, conhecida como Compilação de D. Duarte Nunes Leão ou Código de Sebastião, que foi reconhecida oficialmente. Essa compilação de leis dividiu-se em seis partes, sendo a quarta toda dedicada ao direito penal.

Passando Portugal ao domínio de Espanha³³ em 1580, foi no reinado de Felipe II, que foi promulgada as Ordenações Filipinas (1603-1830), o mais longo documento jurídico

²⁸ MARTIUS, Carlos Frederico von. O direito entre os Indígenas do Brasil. São Paulo, [s.d], pg. 106. In Gonzaga, *op.cit.*, p. 152.

²⁹ Para Gonzaga o que pode explicar as razões dos incestos é a decadência em que se vieram a encontrar algumas comunidades nativas.

³⁰ Seu período de vigência no Brasil foi de 21 anos, contados a partir da data da chegada dos portugueses.

³¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro:Forense 2004, p.69.

³² ESTEFAM, André. Direito Penal, parte geral. volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.p.57-58.

³³ Com a morte de D. Sebastião, que não tinha filhos, seu tio-avó Dom Henrique ascendeu ao trono, mas veio a falecer sem herdeiros, pois era cardeal. Assim, extinguiu-se a dinastia de Avis. Com a crise dinástica, o rei de

tanto na história de Portugal quanto do Brasil³⁴, sua longevidade foi de mais de duzentos anos.

Na prática foi o verdadeiro direito penal aplicado ao Brasil no período colonial³⁵. A legislação penal estava disciplinada no Livro V das Ordenações Filipinas, e era realmente terrível, não à toa ficando conhecido como *Libris Terribilis*. Continha 143 títulos, “a matéria criminal está disposta de forma assimétrica e irracional: os comportamentos incriminados, em número excessivo, referem tipos difusos, obscuros, derramados, por vezes conflitantes; as penas são desproporcionais e, sempre, por demais cruéis.”³⁶

Em matéria sexual, confundia-se crime, moral e pecado. Chegando Garcia afirmar: “Um dos traços característicos mais interessantes das Ordenações é a preocupação quase doentia com que o legislador cogitava dos crimes sexuais, dedicando-lhes capítulos extensíssimos, feitos de dispositivos os mais extravagantes”.³⁷

Os principais delitos a ser destacados são:

Dos que commettem peccado de sodomia e com alimárias (Título XIII). Trata-se das práticas homossexuais e dos atos obscenos praticados com animais, cujo o autor deveria ser queimado, e feito per fogo e pó, para que seu corpo e sepultura possa haver memória.

Do Infiel, que dorme com alguma Christã, e do Christão, que dorme com Infiel (Título XIV). A conduta dos cristãos que se relacionassem sexualmente com mouros, judeus ou outros infiéis e vice-versa, aplicava-se pena de morte.

Do que entra em Mosteiro, ou tira Freira, ou dorme com Ella, ou a recolhe em casa. (Título XV).

Das que dormem com suas parentas, e affins. (Título XVII), trata-se aqui do incesto aplicando-se a pena de morte.

No Título XVIII, tem-se o estupro violento punido com pena de morte, com a seguinte redação: *Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente*

Espanha, Filipe II, neto de D. Manuel sucedeu ao trono de Portugal, tornando-se ao mesmo tempo, rei de Espanha e de Portugal, formando assim a chamada União Ibérica.

³⁴ Essa legislação ficou em vigor quando Portugal readquiriu a independência, em 1640, pois foram revalidadas por D. João IV, em 1643.

³⁵ Como bem observa Fragoso, a situação da colônia, com o sistema das Capitânicas, tornava nula a possibilidade de aplicação das Ordenações Afonsinas e Manuelinas. “A partir dos governos gerais é que se pode dizer tenha começado a ser aplicada no Brasil a legislação do reino. Tem-se observado, porém, que a transplantação dessas leis a um meio totalmente diverso e povoado por degredados e aventureiros torna muito duvidosa sua aplicação. Com os governos gerais veíam ao Brasil um Ouvidor-Geral, cuja competência em matéria criminal ia até a morte natural inclusive, para peões, gentios e homens livres. (Fragoso, op. cit., p.70).

³⁶ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral: arts 1 a 120. vol. 1, 8 ed. São Paulo: RT, 2008. p.114.

³⁷ GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo I, 7 ed. São Paulo: 2008, p.176.

dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello.

Com exceção, tratando-se de mulher que ganhe dinheiro com seu corpo ou escrava.

As ordenações puniam o crime de estupro, isto é, o crime de conjunção carnal “per força, com pena de morte, a que não escapava o criminoso nem mesmo se casasse com sua vítima.”³⁸

Do homem, que casa com duas mulheres, e da mulher, que casa com dous maridos. (Título XIX). Também, a bigamia era aplicada a pena de morte.

Dos que dormem com mulheres órfãs ou menores, que stão a seu cargo. (Título XXI), Trata-se de delito que faz menção expressa à menoridade da vítima.

Se o Juiz ou escrivão de Orfãos mantinham relações com órfã de sua jurisdição seria degredado por 10 anos para a África, além de pagar em dobro o casamento da vítima; tratando-se de tutor ou curador ou outra pessoa qualquer, que possuía órfã ou menor de 25 anos em sua casa, guarda ou que recebia salário será degredado por 8 anos para África, além de pagar em dobro o casamento.

Do que dorme com mulher virgem, ou viúva honesta per sua vontade. No Título XXIII estava previsto o estupro voluntário, ou seja, com o consentimento de mulher virgem ou viúva honestaque conforme Prado:

acarretava para o autor a obrigação de se casar com a donzela e, na impossibilidade do casamento, o dever de constituir um dote para a vítima. Caso o autor não dispusesse de bens, era açoitado e degredado, salvo se fosse fidalgo ou pessoa de posição social, quando então recebia tão somente a pena de degredo.³⁹

Do que dorme com mulher casada. (Título XXV), ao adultério aplica-se a pena de morte, salvo se o adúltero possuir maior condição social que o marido. Sendo peculiar, que no item 4, se o marido perdoar o adúltero, sofreria a pena de degredação para África por sete anos, já no item 9, caso o marido tenha consentido a sua mulher a praticar o adultério, ambos seriam açoitados com senhas capelas de cornos (grinalda de cornos) e degredados para o Brasil e o adúltero para a África.

³⁸ GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais: Estupro, Atentado ao Pudor, Defloramento e Corrupção de Menores*. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1945.p.124.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 2: parte especial, arts 121 a 249. 11 ed. São Paulo: RT, 2013. p.814.

Havia alguns crimes curiosos, como por exemplo, no Título XXXIV, *ao homem, que se vestir em trajos de mulher, ou mulher em trajos de homem* sofriam o degredo.

As Ordenações Filipinas aplicavam penas desproporcionais, cruéis e desiguais, onde nobres eram punidos com abrandamento e os demais severamente. Esses foram alguns dos crimes sexuais positivados nas Ordenações Filipinas, que evidenciam a falta de preocupação expressa na tutela do menor de idade, sendo difícil apontar o critério etário adotado, ou em outras palavras, o limite de idade de consentimento fixado. Entretanto, Gusmão analisando o delito de defloração faz menção à sua previsão nas Ordenações Filipinas elucidando a questão da proteção penal da menoridade sexual :

A conjunção carnal, sem violência, com mulher virgem (defloração) era prevista pelas Ords., sendo elemento constitutivo, além da virgindade, ser a vítima mulher menor de 17 anos, sendo outrossim, porém admitida a hipótese de ser a vítima, dado o requisito da idade, mulher viúva e honesta (Ord. L. 5, Tít. 23 pr. E Lei de 6 de out. de 1784 §9). Tal crime tinha como pena principal o degredo para África, ou Ásia. Nos casos em que tal delito houvesse sido praticado com vítima que fosse filha-família, isto é, que estivesse sob o poder dos pais, tutores, etc., se não exigia o requisito menoridade dentro do limite fixado acima conforme se conclui pela Lei de 6 de outubro de 1784§9⁴⁰.

Diante do exposto, por dedução acredita-se que o critério etário adotado era a idade de 17 anos, e ainda a exigência da menor ser virgem; porém admitia-se a hipótese de ser avítima, dado o requisito etário, mulher viúva e honesta.

1.2.3. Período Imperial

O Brasil declara a sua independência do reino de Portugal, em 7 de setembro de 1822, iniciando o período do Império. Rompendo-se com Portugal, surgiu a necessidade elaborar um novo ordenamento jurídico. Em 25 de março de 1824, o Brasil passa a ter sua primeira constituição, a Constituição do Império, que já vislumbrava as idéias liberais de Bentham, “e, com efeito revelou-se das mais adiantadas. O seu art. 179 reuniu, de forma

⁴⁰ GUSMÃO, op. cit. p. 229.

completa, a enumeração dos direitos e garantias individuais. Pelo que esse preceito consignou se podia entrever a orientação do Código Criminal por vir”.⁴¹

Em 16 de dezembro de 1830, o Imperador D. Pedro I, sanciona o Código Criminal do Império do Brasil, primeiro código autônomo da América Latina.⁴²

Esse código foi considerado moderno para sua época, arrojado, pois:

[..] teve intuição e inspirações próprias que lhe dão o cunho de um trabalho original e dele fazem um notável monumento legislativo. Sem dúvida, o Estatuto Penal do Império, dotado de clareza e concisão, inovou em diversas matérias e, dentre elas, convêm pôr em evidência o esboço, pela primeira vez, do sistema de dias-multa para a sanção pecuniária, que, a bem da verdade histórica, deveria ser denominado também de sistema brasileiro. [...] O nosso primeiro Código Penal exerceu particular influência no Código espanhol de 1848 e no Código português de 1852, sendo que através do primeiro, sobre a legislação penal latino-americana.⁴³

O Código Criminal do Império era dividido em 4 partes, totalizando 313 artigos. Na primeira parte, dispunha dos crimes e das penas (parte geral); na segunda, dos crimes públicos; na terceira parte, os crimes particulares; e por último, dos crimes policiais.

Os crimes sexuais encontravam-se na terceira parte, dos crimes particulares, no capítulo II – Dos crimes contra a segurança da honra. Siqueira esclarece sobre a orientação geral do Código de 1830:

Reunindo em um capítulo os crimes a segurança da honra, em geral, compreendia nas duas primeiras seções os referentes á honra e quanto ás relações sexuaes, e na terceira os referentes á honra, como valor social do individuo.

Na primeira dessas seções, sob a rubrica de *estupro*, tomado em accepção ampla, compreendia o defloramento de mulher virgem menor de 17 annos (art. 219), o incesto (art. 221), o estupro com violência (art. 222) e a seducção para a copula com mulher honesta, menor de 17 annos (art. 224). Na secção segunda compreendia o

⁴¹ GARCIA, *op. cit.* p.178.

⁴² Conforme PRADO, Luiz Regis. *op.cit.*, p.115. O novo texto fundou-se nas idéias de Bentham, Beccaria e Mello Freire; no Código Penal francês de 1810, no Código da Baviera de 1813, no Código Napolitano de 1819 e, especialmente, no Código da Louisiana de 1825, de autoria de Levingston. No entanto, não se filiou estritamente a nenhum deles, tendo sabido mostrar-se original em mais de ponto.

⁴³ PRADO, *op. cit.* p.116.

rapto sob duas modalidades, o rapto próprio (art. 226) e o rapto *in parentes* (art.227).⁴⁴

Na secção I- Estupro, encontravam-se seis modalidades para o delito (art. 219 a 224), e no artigo 225 uma excludente da punibilidade, destacando-se as seguintes:

Deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos (art. 219), que equivaleria ao atual estupro de vulnerável, sendo possível considerar vulnerável somente as mulheres menores de dezessete anos de idade e não desvirginadas. O legislador do Império não exigira, o uso de sedução, engano e etc. A pena aplicada era o desterro, que podia variar de um a três anos, para o autor; e de 8 meses a 2 anos, para o cúmplice. Se houvesse o casamento a pena não era aplicada.

Se o que cometer o estupro tiver em seu poder ou guarda a deflorada (art. 220); Aplicava-se a pena de desterro para fora da província em que residia a deflorada, por 2 a 6 anos e dote.

Se o estupro for cometido por parente da deflorada em grau que não admita dispensa para casamento (art. 221); Aplicava-se pena de degredo por 2 a 6 anos para a província mais remota da que residia a deflorada e dote. Esses dois delitos prevêem modalidades de penas diferentes conforme a qualidade do autor do delito.

Ter cópula carnal por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta. (art. 222), guarda semelhança com o atual crime de estupro, aplicando pena de 3 a 12 anos, mais dote. Havendo um a forma privilegiada, se a vítima fosse prostituta, diminuindo a pena de 1 mês a 2 anos; apesar da pena ser bem menor, ao menos era tutelada.

Quando houver simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a cópula carnal. (art. 223). Percebe-se, portanto, que se fazia distinção entre a cópula carnal e outras condutas que molestassem a vítima, esse com pena menos rigorosa de 1 a 6 meses.

Seduzir mulher honesta menor de dezessete annos, e ter com ella cópula carnal (art. 224). Aqui o legislador do Império não exigia a virgindade, apenas a honestidade além do uso da sedução, do engano da vítima. Aplicava-se a pena de desterro para fora da comarca em que residia a seduzida, de 1 a 3 anos.

Na Seccção II, do mesmo capítulo, encontrava a previsão do Rapto (art. 226 a 228). Na primeira modalidade o crime era praticado por meio de violência: *Tirar para fim*

⁴⁴ SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decr. N 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram elucidadas pela doutrina e jurisprudência. Parte Especial. Vol. 2. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor. 1924, p. 421.

libidinoso, por violência, qualquer mulher da casa ou lugar em estiver (art. 226), pena de prisão de 2 a 10 anos cumulado com trabalho, além de dote. Já na segunda modalidade de rapto, o meio empregado são afagos e promessas e a vítima deveria ser mulher honesta menor de dezessete anos: *Tirar para fim libidinoso por meio de afagos e promessas alguma mulher virgem, ou reputada tal, que seja menor de dezessete annos, de casa de seu pai, tutor, curador ou outra qualquer pessoa em cujo poder ou guarda estiver.* (art. 227), pena de prisão de 1 a 3 anos e dote. Em ambos, os delitos seguindo-se o casamento, não se applicavam as penas (art. 228).

Siqueira criticou as penas cominadas e algumas lacunas quanto aos delitos sexuais:

Passível de censura era o código, quanto à penalidade, por comminar só o desterro para fora da comarca em que residia a offendida, por um a tres annos, em caso de defloramento, e a de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residisse a deflorada, em caso de incesto, penas aquem da gravidade dos crimes. Ima lacuna sensível apresentava também o código, pois não qualificava o *attentado ao pudor*, nem o lenocínio.⁴⁵

No Capítulo III- Dos crimes contra a segurança do estado civil e domestico, na Secção I, encontram-se os delitos contra a família: *Celebração do matrimonio contra as Leis do Imperio* (art. 247- 248); Polygamia (art. 249) e finalmente, o Adultério (art. 250-253).

Como visto, a quantidade de crimes sexuais no Código Criminal do Império era bem menor que nas Ordenações Filipinas, há um tratamento mais igualitário, não se fazendo distinções na qualidade da pessoa, sem mencionar as penas, que eram muito mais humanas, não applicando em nenhum dos delitos sexuais a pena capital. Quanto à menoridade sexual, o legislador estabeleceu a idade de 17 anos conforme o artigo 219, para a proteção penal.

Entretanto, no último ano do Império foi determinado pelo Ministro da Justiça a elaboração de um projeto de reforma do Código Penal, que após 60 anos de vigência já apresentava alguns desgastes, e, sobretudo devido a abolição da escravatura em 1888, que afetou várias penas cominadas aos crimes comtidos pelos escravos.

⁴⁵ SIQUEIRA, *op. cit.*, p. 421.

1.2.3 Período Republicano: do Código Penal de 1890 ao Código de 1940 e suas atualizações.

Proclamada a República em 15 de novembro de 1889, derrubando a monarquia constitucional parlamentarista do Império do Brasil, e, conseqüentemente, colocando fim à soberania do Imperador D. Pedro II, instaurou-se um governo provisório, e o então Ministro da Justiça, Campos Sales, confirmou a manutenção de João Batista Pereira na elaboração do projeto do novo código e pediu urgência. Este rapidamente terminou o projeto e em 11 de outubro de 1890, foi aprovado, transformando-se no Código Penal de 1890.

Provavelmente pela rapidez com que foi elaborado ou pela falta de debate, muitas falhas foram apontadas no novo código que acabou recebendo severas críticas, e logo após sua entrada em vigor, já se aventava de reformulá-lo. Fragoso comenta:

Elaborado às pressas, antes do advento da primeira Constituição Federal republicana, sem considerar os notáveis avanços doutrinários que então já se faziam sentir, em conseqüência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli, o CP de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo. Foi, por isso mesmo objeto de críticas demolidoras, que muito contribuíram para abalar o seu prestígio e dificultar sua aplicação.⁴⁶

Estruturalmente, foi dividido em 4 livros: Livro I: Dos crimes e das Penas; Livro II: Dos crimes em Espécie; Livro III: Das contravenções em Espécie; e Livro IV: Disposições Gerais. Quanto aos crimes sexuais, Noronha refere que “causava pasmo o nome dado ao título referente aos crimes contra os costumes – *Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*.”⁴⁷

Já Siqueira em relação à rubrica do Título assim se manifestou:

Adopta este uma rubrica que, além de palavrosa, não condiz muito com as espécies incriminadas. Effectivamente, dizendo - *Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor*- parece compreender só as acções criminosas contra a moralidade domestica e social, isto é, do grupo familiar e do decoro ou pudor publico, e, assim devendo abranger só o rapto, o adultério, o lenocínio e o ultraje publico ao pudor. Ficariam excluidos os crimes contra a

⁴⁶ FRAGOSO, *op.cit.*, p. 74.

⁴⁷ NORONHA, *op.cit.*, p. 69.

prudência individual, como o atentado ao pudor, a corrupção de menores, o defloramento e o estupro, o que, porém não se dá. É o caso de – *rubrica non facit fidem*.⁴⁸

No Livro II, sob o título VIII, encontravam-se os crimes sexuais. No Capítulo I- Da violência Carnal; Capítulo II- Do rapto; Capítulo III- Do Lenocínio; Capítulo IV- Do aduleterio ou infidelidade conjugal; Capítulo V- Do ultraje publico ao pudor.

Em relação à rubrica do Capítulo I- Da violência Carnal, “não está em correspondência com diversas das figuras delictuosas, que encerra, por isso que não implicam, antes excluem, a violência, como a excitação á corrupção, a corrupção de menores (§§ 1º e 2º do art. 266), e o defloramento (art. 267)”.⁴⁹

O estupro era denominado violência carnal, “compreendendo o atentado ao pudor, a corrupção efectiva e potencial de menores, o defloramento e o estupro”.⁵⁰

No *caput* do art. 266 encontra-se o *atentado ao pudor*, pela primeira vez positivado em um diploma penal brasileiro, Consistia em: *Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou outro sexo, por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral. Pena de prisão cellula por um a tres annos.*

Cabe aqui um esclarecimento, primeiramente havia no artigo 266 apenas um parágrafo único: *aquelle que corromper pessoa menor de idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem*; que após a Conferência Internacional de 15 de julho de 1902, em Paris, reunida para a repressão do tráfico de mulheres brancas resultou na Lei n. 2.992 de 25 de setembro de 1915, que realizou modificações no artigo 266, fazendo o parágrafo único se transformar no parágrafo segundo, e introduzindo como parágrafo primeiro uma nova figura a da excitação, favorecimento ou facilitação da corrupção de menores.⁵¹

O parágrafo primeiro previa a excitação à corrupção: *Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 annos, induzindo-a á pratica de actos deshonestos, viciando a sua innocencia ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral: Pena- de prisão cellula por seis mezes a dous annos.*

Já o parágrafo segundo previa o delito de corrupção de menores: *corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou outro sexo, praticando com ella ou contra ella actos de*

⁴⁸ SIQUEIRA, *op.cit.*, p. 421.

⁴⁹ SIQUEIRA, *op.cit.*, p. 423.

⁵⁰ *Idem*, p. 422.

⁵¹ Ver Siqueira p. 430.

libidinagem. Pena: de prisão cellutar por dous a quatro annos. (redação dada pela lei. nº. 2.992, de 25 de setembro de 1915).

A excitação à corrupção era entendida no sentido moral, ou seja, pode advir a corrupção dos menores apenas através de gestos, palavras, estimulação, provocação de impulsos, enfim a contaminação da consciencia de que quem ainda não conhece os prazeres da carne, as práticas imorais ou hábitos lascivos. “É essa corrupção, para onde converge a acção do agente, e que na figura criminosa em questão não se torna necessário seja affectiva, pois tal ocorrendo, a figura seria a do §2 do art. 266. O que é necessário é a aptidão da acção para levar a victima a esse estado.”⁵²

Cabe ainda ressaltar a idade da vítima, que deveria ser menor de 21 anos e maior de 16 anos, e que supunham a pratica repetida de atos de libidinagem, que corrompam o menor; caso houvesse a prática de um só ato de libidinagem configuraria o delito de atentado contra o pudor, definido no *caput* do art. 266.

Havia o delito de Defloramento previsto no art. 267. *Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude.* Esse delito equivaleria ao crime de sedução, antigo artigo 217 do Código de 1940..

O legislador de 1890 no crime de defloramento modificou a idade da vítima mulher, elevando-a de 17 anos (art.219 do Código de 1830), para 21 anos, seguindo a menoridade civil. Entretanto, deve ser menor de 21 anos e maior de 16 anos, porque conforme será visto no art. 272 se for menor de 16 anos o fato passa a constituir o crime de estupro presumido.

O artigo 268 tratava do estupro, propriamente dito, com a seguinte redação: *Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta. Pena de prisão cellutar de um a seis annos.* Assim, como no Código do Império a pena era menor, 6 meses a 2 anos, se a vítima fosse mulher pública ou prostituta (parágrafo primeiro). E o parágrafo segundo previa uma causa de aumento de pena de quarta parte se o crime fosse cometido com concurso de duas ou mais pessoas.

Oportuno consignar que, ao contrário dos códigos precedentes, o estupro do artigo 268 não fazia menção como elemento do delito a virgindade da vítima, ou seja, mesmo que a mulher não fosse mais virgem o crime estaria caracterizado, representando, portanto, um progresso nos delitos sexuais, embora, ainda exigisse que fosse mulher honesta.

Cabe ainda registrar, que entre os delitos de estupro e defloramento havia discussão sobre o emprego da fraude, que não era prevista expressamente no estupro, mas estava no

⁵² SIQUEIRA, *op.cit.*, p. 430.

delito de defloramento, verificando-se que não é de hoje que existem os contrasensos nos diplomas penais brasileiros. Conforme Gusmão:

Assim, se o agente, para lograr ter conjunção carnal com sua vítima, usa de qualquer dos múltiplos, delicados e variados aspectos da *fraude*, duas conseqüências chocantes em seu berrante antagonismo poderão se apresentar: *se a vítima for maior*, ele terá praticado, pela teoria impugnada, um crime de estupro punido com a pena máxima de *seis anos de prisão* se se tratar de mulher honesta mesmo *desvirginada*; mas *se a vítima for menor e virgem*, o crime será inquestionavelmente, de defloramento, como tal expressamente previsto no art. 267, sendo a pena máxima, então de quatro anos, isto é, a pena estará, pois, *na razão inversa da quantidade política do delito, na razão inversa de sua gravidade!!*

Mais, ainda, e dolorosamente, se a vítima da conjunção carnal fraudulenta fôr *menor virgem, mas não honesta*, isto é, um desses caracteres já iniciados na depravação moral, não haverá segundo a teoria sustentada pelo próprio VIVEIROS DE CASTROSobre o defloramento, tal crime, mas, no entanto, aplicada a teoria em questão, ao estupro, se a vítima *maior for uma mulher prostituída* se integralizará o crime de estupro punido com pena cujo máximo é de *dois anos*, 'ex vi' do disposto no §1 do citado art. 268 do Código Penal

Pelo exposto se verifica que não é tão fácil tarefa incluir, como tão simplesmente se há pretendido, a fraude, em todos os seus amplos aspectos, como elemento constitutivo do estupro, patentes sendo as clamorosas conseqüências a que isso levaria.⁵³

O artigo 269 era uma norma explicativa, trazendo a definição de estupro e de violência:

Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violencia, de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego da força phisica, 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 anestheticos e narcoticos.

No capítulo II, tem-se as modalidades de Rapto, destacando-se o parágrafo primeiro do art. 270, rapto consensual: *Se a raptada for maior de 16 anos e menor de 21 annos, e prestar o seu consentimento. A pena será menor, de um a três anos. A menção a idade da*

⁵³ GUSMÃO, *op. cit.* p. 147-148.

vítima aos limites de 16 anos a 21 anos era necessária para diferenciar o rapto *in parentis*⁵⁴ (art. 270,§1º), do rapto próprio; e mesmo que houvesse o consentimento da vítima menor não eliminava o delito. Se a vítima fosse menor de 16 anos assumia a caracterização de violento conforme o art. 272, ou seja, presumia-se a violência do delito, que se passa a abordar.

O ponto de maior interesse para essa pesquisa está no artigo 272, que introduziu no código o conceito de presunção de violência: *Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 annos.*

Gusmão critica o uso da expressão violência presumida:

A expressão tradicional com que intitulamos a hipótese, ora em análise, é imprópria, apesar de sua quase unânime aceitação. Trata-se, antes, de um *abuso de pessoas particularmente tuteladas*, na técnica expressão de MANZINI, que, com razão, lembra a que confusões e estranhezas pode levar essa generalizada e habitual expressão,⁵⁵

Portanto, imperioso transcrever a lição do mestre italiano Manzini:

Non si tratta di “preunzione”, perchè nessuna violenza si presume compiuta dal colpevole, né di “finzione giuridica” perchè la legge non impone di supporre ciò che in fatto non è. In analago inesattezza si cadrebbe, qualora si volesse riconoscere una *presunzione di invalidità del consenso*. Questo consenso, quando sussiste, non si presume invalido, ma lo è. Il consenso, inoltre, è un elemento eventuale, e non costante del fatto; può esservi o non esservi, e può darsi altresì, nel soggetto passivo, la completa incoscienza del fatto del colpevole. [...] Il vero criterio della legge, limpido e certo, è questo: essa impone ad ognuno, o a determinate persone, un *dovere assoluto di astensione dal congiungimento carnale* con quei soggetti che essa particolarmente tutela, e che implicitamente ritiene *carnalmente inviolabili* anche se consenzienti⁵⁶.

Essa argumentação do mestre italiano foi amplamente utilizada no direito penal brasileiro, para defender a presunção absoluta de violência, em que pese o mestre explicitar que não se tratava de presunção. Mas enfim, tinham razão Manzini e Gusmão, pois até os dias atuais como se verá no terceiro capítulo, se faz grande confusão a respeito da presunção de

⁵⁴ Assim denominado por estar a pessoa que consente no rapto em estado de sujeição familiar.

⁵⁵ GUSMÃO, *op. cit.* p. 167.

⁵⁶ MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano. Vol. 7. Torino:UTET, 1951, p. 273-274.

violência. A única hipótese da chamada violência presumida prevista pelo legislador é o de menor de 16 anos⁵⁷, quer fosse a menor honesta ou desonesta, houvesse ou não seu consentimento, virgem ou não.

Essa presunção tinha caráter absoluto e conforme Siqueira os seguintes fundamentos:

Nos termos dessa disposição, em consonância com que estabelecem outros códigos, trata-se de uma presunção, *juris et jure*, ou que não admite prova em contrário. Por outra, a violência, deve ser provada cumpridamente, mas tratando-se de pessoa que ainda não completou 16 anos, isto constatado, tem-se a acção impudica, de que foi paciente, como commettida violentamente. A lei considera a pessoa nessa idade como incapaz de resistir, ou de consentir livremente, quer seja virgem ou não, inadmissível sendo a indagação da honestidade, por isso que presuppõe esta o conhecimento do mal, que a innocencia, a insciencia da meninice exclue-*quae non est doli capax*, no dizer dos práticos.⁵⁸

Por sua vez, Gusmão professava as razões de ser de tal presunção apresentando por semelhança as justificativas italianas do anteprojeto do Código Penal Zanardelli :

Incisivos e elevados são os conceitos com que o Relatório Ministerial ao projeto italiano justificava disposição semelhante do Código Penal da Itália (art. 331, n.1) O legislador teve em vista, à maneira de diversos Códigos estrangeiros, como uma presunção de falta de consentimento livre, a menoridade ou antes a idade não amadurecida, em que se não avalia a gravidade dos atos praticados, pondo-na assim, debaixo de um pálio como que sagrado, não se permitindo, eficazmente, a investigação da honestidade ou não da menor; é a idade, em que debaixo do ponto de vista penal, não se reconhece malícia na vítima - *quae non est doli capax*.⁵⁹

Portanto, a presunção de violência não admitia prova em contrário, uma vez que, na sua redação o legislador pátrio adotou a expressão absoluta “*sempre*”, bastando ser a vítima menor de 16 anos, justificando-se que pela falta de amadurecimento devia ser protegida sua sexualidade. Vejam-se as algumas jurisprudências da época, relacionadas por Gusmão:

⁵⁷ Em comparação com outros Códigos da época, que adotavam um limite fixo de idade nos crimes sexuais, nosso Código de 1890 apresentava um dos limites mais elevados em relação a menoridade sexual. Os Códigos Penais da Itália (art. 331, n.1), Espanha (art. 453, n.3.) e Portugal (art. 453, n.3) estabeleciam a idade de 12 anos; Noruega (§195) estabelecia a idade de 13 anos; Alemanha (§176, n.3), Áustria (§127), e Hungria (§256) adotavam o limite de 14 anos; Holanda estabelecia um limite que variava dos 12 aos 16 anos, com penas atenuadas e abaixo de 12 anos pena mais grave (art.244). Ver a respeito GUSMÃO.

⁵⁸ SIQUEIRA, *Op. cit.* p. 476

⁵⁹ GUSMÃO, *op. cit.* p. 168.

- A prova de ser a ofendida menor de 16 anos, torna dispensável a prova da violência, por isso que nos crimes de violência carnal contra tais menores, dá-se a presunção *juris et de jure* da impossibilidade de um consentimento livre e verdadeiro e, portanto, de ter havido abuso com violência da parte do autor do defloramento nos termos do art. 269 comb. com o art. 272 do referido Código (Ac. Do Sup. Tribunal de Justiça de Santa Catarina de 8 de julho de 1919). [..]
- A violência prevista no art. 272 é presunção legal, independentemente de prova de outra qualquer violência exercida pelo ofensor ou de prova da honestidade prévia e virgindade da vítima; basta para caracterizá-la a prova da idade da vítima, menor de 16 anos (Ac. do Sup. Trib. De Just. Do Paraná, de 12 de abril de 1932). [..]
- A presunção que decorre da menoridade é *juris et de jure*. Ainda que a menor consinta no ato de conjunção carnal e se entregue voluntariamente ao libertino que a deflorar, o crime persiste, por isso que o seu consentimento estaria viciado, dada a sua incapacidade absoluta. Os julgados dos nossos tribunais não admitem tenha essa presunção o caráter de *juris tantum*. A menor de 16 anos não tem, em nenhuma hipótese a liberdade de dispor do próprio corpo e mercadejar a sua virgindade. Aqui não se ajusta a regra do direito canônico – *nisimalitia suplet oetatem* (Sent. Conf. Ac. da 3ª Câm da Côrte de Ap. de 9 de maio de 1932).⁶⁰

Em que pese ser considerada pela doutrina e jurisprudência a presunção de violência *juris et de jure*, Gusmão se manifestou pela natureza *juris tantum*:

Aceitamos o princípio do limite fixo que tem sido adotado na generalidade das legislações, dados os sérios e graves motivos que militam em seu favor, motivos inquestionáveis e manifestos, sobre que já discorremos, mas entendemos que não é justo, jurídico, nem tão pouco lógico, que essa presunção seja *juris et de jure*.⁶¹

Percebe-se que desde seu nascimento a presunção de violência já causava amplo debate e discussões acerca de sua natureza, que para alguns persiste até os dias atuais. Já na época um dos argumentos utilizados para defender a presunção *juris tantum* era a comparação em relação a responsabilidade penal do menor, pois o art. 27, §2º, admitia a possibilidade de um menor de 14 anos agir com perfeito discernimento sobre a prática do crime⁶², sendo que após os 14 anos já não mais se investigava sobre sua capacidade de discernimento, pois se supunha sempre presente; de outro lado, mencionava-se que se uma menor de 16 anos,

⁶⁰ GUSMÃO, op. cit., p. 169

⁶¹ Idem, p. 174.

⁶² Art. 27. Não são criminosos: §2º Os maiores de 9 anos e menores de 14 anos, que obrarem sem discernimento. Código Penal de 1890. PIERANGELLI, op. cit. p.271.

prostituta, tivesse consentido na relação sexual com perfeito discernimento punia-se o agente. Perceba-se que tal argumentação era realizada utilizando como comparativo somente menor prostituída, a ponto de Gusmão sugerir que seria mais lógico e jurídico que o legislador tivesse acrescentado à expressão *ofendida* do art. 272 a frase “não sendo prostituta”.

Questão interessante e polêmica era, portanto, se a prostituta menor de 16 anos poderia alegar a violência presumida. Eis os posicionamentos de Carvalho Durão e Siqueira:

Pela afirmativa, entendia CARVALHO DURÃO, visto como o preceito do art. 272 é geral, referindo-se aos crimes especificados no capítulo precedente. Opinamos em sentido contrario, porquanto se a razão da presumpção, contida naquele dispositivo, como havemos de ver mais detidamente, assenta em que, pela idade não amadurecida a menina não póde avaliar a gravidade dos actos attentatorios do pudor, necessário sendo, portanto, pô-la sob a protecção da lei, essa presumpção encontra um limite evidente no facto da prostituição plenamente exercida, desaparecido o objecto da presumpção.⁶³

Veja-se que de há muito já causava controvérsia a tutela penal da menor de idade que exercia a prostituição. Em que pese todo o exposto, para efeito de considerar violentamente cometidos os crimes sexuais, a menoridade penal sexual era 16 anos e tutelava ambos os gêneros, demonstrando um avanço em relação ao Código Penal do Império que considerava a menoridade de 17 anos e apenas para as mulheres.

O artigo 273 trazia um rol que nos dias atuais correspondem às causas de aumento de pena, aplicadas aos delitos dos dois capítulos anteriores, de um sexto se o autor do crime for *ministro de qualquer confissão religiosa; casado; criado domestico da offendida, ou de pessoa de sua família;* e de um quarto se for *ascendente, irmão ou cunhado da offendida; tutor, curador, encarregado da sua educação ou guarda, ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ella.*

Chama a atenção que o legislador previu taxativamente apenas causas de aumento quanto à qualidade do agente e não previu nenhuma quanto ao resultado causado, isto é, lesão corporal grave ou morte. E o aumento de pena pelo concurso de agentes limitou-se ao crime de estupro (art. 268, §2º).

Finalmente, art. 276 previa a isenção de pena caso o agente contraísse casamento com a vítima, nos casos de defloramento, estupro de mulher honesta.

⁶³ SIQUEIRA, *op. cit.* p. 461.

Como já mencionado o Código Penal de 1890, desde seu nascimento sofreu severas críticas e tentativas de reformulá-lo, “quer por seus defeitos, quer pelo tempo que vigorou esse estatuto, numerosas foram as leis extravagantes que o completaram, tornando, às vezes, aos homens do Direito, embaraçosa a consula e árdua a pesquisa”⁶⁴.

Destarte, o desembargador Vicente Piragibe foi incumbido da tarefa de unificar em um só corpo o Código Penal de 1890 e as leis extravagantes, surgindo assim, a Consolidação das Leis Penais de 1932. Esse novo ordenamento penal brasileiro manteve a numeração dos artigos do código e colocou em parágrafos os preceitos inovadores.

No tocante aos crimes sexuais praticamente não ocorreram modificações, cumprindo apenas mencionar que no crime de *violencia carnal* (art. 266) a pena cominada diminuiu, passando a ser de 1 a 3 anos de prisão celular; substituiu-se o parágrafo único inserindo-se de dois novos parágrafos. O parágrafo primeiro passou a tipificar: *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 innocendia ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral. Pena de prisão celluar por 6 meses a dois annos.*

E o parágrafo segundo: *Corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella, actos de libidinagem: Pena de prisão celluar por dois a quatro annos.*

A presunção de violência foi mantida no artigo 272, com a mesma redação, portanto mantendo-se a idade de 16 anos.

Após varias tentativas de projetos⁶⁵, o Presidente Vargas solicitou ao professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Alcântara Machado, a elaboração de um projeto de Código Penal. Quando da elaboração do Código Penal, o país encontrava-se em um contexto marcante da história brasileira, o chamado Estado Novo, instituído pelo então presidente Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, que concentrava em suas mãos o Poder Executivo e Legislativo.

Alcântara Machado entregou em maio de 1938 o projeto da parte geral⁶⁶ e em agosto o da parte Especial. Constituída uma comissão revisora⁶⁷, finalmente o Decreto-Lei 2848 de 7

⁶⁴ NORONHA, *op. cit.*, p.69.

⁶⁵ Em 1893 João Vieira de Araújo apresentava um Projeto de Código Penal; em 1899, outro, pela Câmara dos Deputados, e em 1913 apareceria o de Galdino Siqueira. Não vingaram, porém. Virgílio de Sá Pereira, quatorze anos depois, apresenta um Projeto de Código Penal, para revê-lo no ano seguinte (1928) e, dois anos após, apresentar novo Projeto. Também estes não lograram êxito; o mesmo acontecendo, aliás, com o outro, elaborado em 1935, por incumbência do Governo Provisório, de autoria de uma Comissão composta de Sá Pereira (Presidente), Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira (Cf. NORONHA, p. 70-71).

⁶⁶ Cabe ressaltar que a parte geral do código penal sofreu uma reforma penal em 1984, que se encontra em vigor até os dias atuais.

de dezembro de 1940 se transformaria no Código Penal de 1940,⁶⁸ que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1942 até os dias atuais, apesar de ter sido reformado sua parte geral em 1984.

O Código Penal de 1940⁶⁹, parte especial, do seu texto original, o Título VI, denominava-se “Dos Crimes Contra os Costumes”, que se dividia nos seguintes capítulos: I- Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual; II- Da Sedução e da Corrupção de menores; III- Do Rapto; IV – Disposições Gerais; V- Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres e finalmente VI- Do Ultraje Público ao Pudor.

O novo código inseriu novos crimes sexuais como, por exemplo, casa de prostituição, rufianismo, tráfico de mulheres, escrito ou objeto obsceno. A presunção de violência, que o Código Penal de 1890 já previa fora mantida. Entretanto, modificou-se a idade mínima de 16 anos para 14 anos e ampliou-se o rol de presunção de violência para as vítimas alienadas ou débeis mentais, e o agente conhecia esta circunstância; bem como para a vítima que não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Foram criadas formas qualificadas (art. 223), prescrevendo que para os delitos cometidos com violência, se desta resultasse lesão corporal grave a pena a ser aplicada seria de 8 a 12 anos, e se resultasse a morte da vítima de 12 a 25 anos.

Em 1969 houve a tentativa de criar-se um novo Código Penal, o anteprojeto ficou a cargo de Nelson Hungria, que, entretanto jamais entrou em vigor no país. A presunção de violência fora mantida no art. 247⁷⁰, sendo que o inciso I referia-se a vítima não maior de quatorze anos, mas, com a seguinte ressalva “*salvo fundada suposição contrária do agente*”. Significa que expressamente reconhecia o erro de tipo.

No ano de 2001, o Código Penal de 1940 recebe um acréscimo positivando-se o crime de *assédio sexual* (art. 216-A), através da lei n. 10.224/2001. Em 2005, esse Título sofreu algumas alterações com o advento da Lei 11.106, entre as principais: revogou-se o crime de *sedução* (art. 217), objeto do Capítulo II; extinguiu-se o Capítulo III- *Do Rapto*, mas ressalta-se que o crime de *rapto violento ou mediante fraude* (art. 219), não foi abolido, sendo acrescentado como forma qualificada do crime de seqüestro ou cárcere privado (art. 148, §1º,

⁶⁷ A Comissão Revisora foi integrada por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiróz e Roberto Lyra .

⁶⁸ Segundo Francisco Assis Toledo: “O Código Penal de 1940 recebeu influência marcante do Código italiano de 1930 (o famoso Código Rocco) e do suíço de 1937. [...] O curioso é que fruto de um estado ditatorial e influenciado pelo código fascista, manteve a tradição liberal iniciada com o Código do Império.”. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 63

⁶⁹ O Código Penal Brasileiro divide-se em duas partes Geral e Especial. A parte Especial por sua vez divide-se em onze capítulos. O critério utilizado para essa divisão foi o da objetividade jurídica, ou seja, o bem jurídico que se visa proteger, tutelar.

⁷⁰ Art. 247 Presume-se a violência, se a vítima: I- não é maior de quatorze anos, salvo fundada suposição contrária do agente; II- é doente ou deficiente mental, e o agente conhecia esta circunstância; II- não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Código Penal de 1969

inc.V - se o crime é praticado com fins libidinosos); alterou-se a rubrica do Capítulo V, que tratava do Lenocínio e Tráfico de Mulheres e passou a ser do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas; e suprimiu-se os incisos VII e VIII, do art. 107 que tratava das causas de extinção da punibilidade nos casos da vítima casar com o autor do delito sexual ou com terceiros.

Mas, é após quatro anos, com o advento da Lei 12.015 de 2009, que o Título VI sofre uma reforma mais profunda e ampla. Apresenta-se as principais alterações, sendo que as referentes aos menores será abordada com mais detalhes no capítulo II do presente trabalho.

Modifica-se a denominação do Título VI, que passa a tutelar um novo bem jurídico, conforme será analisado no item 1.3.2; altera-se a estrutura e composição dos capítulos, que com a modificação sofrida pela lei 12.015 de 2009, passou a dividir-se em: Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade Sexual; Capítulo II – Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, Capítulo III foi revogado, Capítulo IV – Disposições Gerais; Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, Capítulo VI – Do Ultraje Público ao Pudor e finalmente um novo capítulo o VII que traz novas Disposições Gerais.

No capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, a principal mudança foi a unificação entre a antiga redação do crime de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214), agora o crime de estupro passou a ter a seguinte redação: Art. 213: *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”. Assim, constitui o delito não apenas a cópula vaginal, mas também qualquer outro ato libidinoso, da mesma forma, amplia-se o sujeito passivo, que deixa de ser somente a mulher para qualquer pessoa (homem ou mulher).

O delito previsto no art. 215 que se intitulava *posse sexual mediante fraude*, passa a ser *violência sexual mediante fraude*, também resultante da fusão da antiga redação do art. 215 com o artigo 216, sendo que agora tanto o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, quanto a prática dessa configura o delito se há o emprego de fraude ou outro meio que dificulte a livre manifestação da vítima, também a pena foi alterada que passa ser de 2 a 6 anos de reclusão.

O capítulo II passa a tratar dos Crimes Sexuais contra Vulneráveis, destacando-se a criação do *Estupro de vulnerável* (art. 217-A), *Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente* (art. 218-A) e de *Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável*. (art. 218-B), quanto ao crime de corrupção de menores (art.218) sua redação foi alterada, destacando-se que não deve haver o contato físico entre o menor e o terceiro. Assim, o crime só ocorrerá se a vítima for induzida

a satisfazer a lascívia de terceiro e não a do próprio agente que induz, exigindo-se que o terceiro seja pessoa determinada e não se realize efetivamente o ato sexual com este, limitando-se às práticas sexuais meramente contemplativas, como por exemplo, fazer sexo por *webcam*. Caso haja contato físico (conjunção carnal ou outro ato libidinoso) com menor de 14 anos, estará caracterizado o estupro de vulnerável.

O capítulo III, revogado em 2005 e assim se manteve; quanto ao capítulo IV- Das disposições gerais, revogou-se as formas qualificadas do art. 223⁷¹, que passaram a integrar os parágrafos dos artigos 213 e 217-A. O artigo 224, que previa a presunção de violência foi revogado. E a ação penal passa a ser via de regra, pública condicionada à representação nos crimes definidos nos Capítulos I e II, salvo se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável que se procede mediante ação penal pública incondicionada.

O Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, destaca-se a alteração de algumas penas e a inserção de formas qualificadas. Entretanto, a recentíssima Lei n 13.344 de 6 de outubro de 2016, revogou o *Tráfico Internacional de Pessoa para fim de exploração sexual*. (Art.231) e *Tráfico Interno De Pessoas Para Fim De Exploração Sexual* (231-A). Não ocorreu *abolitio criminis*, pois a conduta continua sendo definida como crime, apenas deslocado agora para o Título I- *Dos Crimes contra a Pessoa*, Capítulo VI- *Dos Crimes contra a Liberdade Individual*, Seção I- *Dos crimes contra a liberdade Pessoal*, com nome *iuris*, *Tráfico de Pessoas* (art. 149-A). Anteriormente o tráfico era combatido apenas na forma de exploração sexual, com a nova lei amplia-se para outras formas de exploração (remoção de órgãos, trabalho escravo, servidão e adoção ilegal), mantendo-se é claro a exploração sexual no seu inciso V. A pena cominada passou a ser mais severa, pois no tráfico internacional para fim de exploração sexual (art. 231) a pena era de 3 a 8 anos de reclusão, enquanto no tráfico interno (art. 231-A) cominava-se pena de de 2 a 6 anos, agora o novo delito tráfico de pessoas prevê pena de 4 a 8 anos de reclusão.

Com essa alteração o Brasil cumpriu com as obrigações assumidas ao ratificar por meio do Decreto n.5.017 de 12/03/2004, o Protocolo de Palermo, elaborado em 2000, tendo entrado em vigor em 2003, oficialmente conhecido como “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças”.

⁷¹Art. 223 – *Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave; Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Parágrafo único – Se do fato resulta a morte; Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos”.*

O Capítulo VI – Do Ultraje Público ao Pudor, não sofreu nenhuma alteração, mantendo-se os crimes de *Ato Obsceno* (art. 233) e *Escrito ou objeto obsceno* (art. 234); adicionou-se o Capítulo VII- Disposições Gerais, que trouxe novas causas de aumento de pena previstas no artigo 234- A, aumentando-se a pena de de metade, se do crime resultar gravidez; e de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. E por derradeiro, o legislador entendeu por bem determinar no art. 234-B, que *os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça*. Diante da natureza dos crimes sexuais e de suas particularidades que causam na grande maioria das vezes constrangimentos para as vítimas da sua intimidade, integridade e por que não honra, era imperioso o segredo de justiça desses delitos, que também beneficia o acusado. Como bem assevera Mirabete:

O dispositivo visa proteger a vítima das conseqüências do *strepitus judicii*. Embora a regra geral seja a da publicidade dos atos processuais, a Constituição Federal admite o sigilo necessário à defesa da intimidade (art. 5º, LX) e o Código de Processo Penal autoriza a decretação do segredo de justiça para a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido (art. 201, parágrafo 6º). Nos crimes sexuais, além do dano decorrente da própria infração, havia de suportar a vítima, via de regra, também os malefícios da exposição pública de sua intimidade decorrente da instauração do processo penal. Com essa finalidade, a lei estabeleceu, em relação a esses delitos, como regra obrigatória, o segredo de justiça⁷²

Lembrando que muito embora a lei fale em “processo”, entende-se que o sigilo deve se aplicar à fase inquisitiva, sob pena de esvaziar o sentido da norma. “De nada adianta se dar publicidade ao fato durante o inquérito e, depois do oferecimento de denuncia, impedir sua divulgação.”⁷³ Diante do exposto, verifica-se a inclusão do segredo de justiça nos processos relativos aos crimes sexuais é um avanço para a legislação penal, pois preserva a intimidade e privacidade das vítimas.

Registre-se, por derradeiro, a recente edição da Lei n. 12.978, de 21 de maio de 2014, que acrescentou inciso ao art. 1º da Lei n. 8.072/90, para classificar como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. E ainda a recentíssima, a Lei n 13.344 de 6 de outubro de 2016,

⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: parte especial. Vol. 2. 27ed., São Paulo: Atlas, 2010.p.482-483.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a Dignidade Sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais 2009, pg. 70.

revogou o *Tráfico Internacional de Pessoa para fim de exploração sexual*. (Art.231) e *Tráfico Interno De Pessoas Para Fim De Exploração Sexual* (231-A), passando a ser tutelado na nova redação do artigo 149-A, *Tráfico de Pessoas*.

1.3. O Objeto de Tutela nos Crimes Sexuais do Código Penal de 1940.

1.3.1. Bem Jurídico Tutelado nos Crimes Sexuais na redação original do Código Penal de 1940

Atualmente, um dos princípios fundamentais do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos⁷⁴. Na determinação dos bens jurídicos, deve-se examinar a escala de valores axiológicos da sociedade, o modelo de sociedade e de Estado, para então, selecionar-se quais valores – bens que se consideram merecedores da tutela penal, e aqui especificamente a tutela penal sexual. Como bem observa Martinelli:

O que pode ser imoral para um, pode não sê-lo para outrem. Além disso, todo crime carrega um certo conteúdo contrário à moral da maioria das pessoas, entretanto, essa imoralidade, por si só, é insuficiente para legitimar uma incriminação. É necessário que haja uma lesão ou um perigo de lesão a um bem jurídico objetivamente determinável, que independa, exclusivamente, da avaliação subjetiva do legislador e do aplicador da norma. ”⁷⁵

Partindo-se da lição de Von Liszt de que nem todos os bens jurídicos serão tutelados pelo direito penal, mas “somente aqueles considerados vitais para a manutenção da ordem jurídica e a segurança da sociedade.”⁷⁶ Assim, se faz imprescindível compreender e analisar o bem jurídico tutelado na redação original do Código Penal de 1940 e o bem jurídico tutelado com as alterações realizadas pela lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, para descobrir as razões da tutela penal sexual.

⁷⁴ Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos: Dele decorre que o Direito Penal não pode tutelar valores meramente morais, religiosos, ideológicos ou éticos, mas somente atos atentatórios a bens jurídicos fundamentais e reconhecidos na Constituição Federal. Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana e do fato de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito (isto é, todos se submetem ao império da lei, que deve possuir conteúdo e adequação social). ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.133.

⁷⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, p.10.

⁷⁶ Apud, GUIMARÃES, *op.cit.*, p.122

No texto originário, o Título VI denominava-se *Dos Crimes contra os Costumes*. Conforme lição de Hungria sobre:

o vocábulo costumes é aí empregado para significar (sentido restrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou equivale mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais”.⁷⁷

Conforme Fragoso “a palavra costumes empregada pela lei vigente significa a moral pública sexual, que é, em última análise, o bem jurídico penalmente tutelado”.⁷⁸

Para Salvador Netto é: “inegável que a antiga nomenclatura apontava para um aspecto cultural-naturalista, na medida em que o pudor, fruto do gradativo desenvolvimento da moral refletida pelos costumes, contrapunha-se ao fervor sexual primitivo, próprio do ser humano atávico e associal, o qual, por isso mesmo, deveria ser contido pela norma”⁷⁹.

Naquele momento histórico- social a sexualidade era vista com muito pudor, e é justamente esse pudor sexual que o Código Penal de 1940 vai tutelar. Nesse sentido, esclarecedora a lição de Martinelli:

À época da redação do Código Penal, em que a Carta Magna era a denominada “Constituição polaca”, de 1937, não havia discrepância entre o Código Penal e o Texto Constitucional. Era característica do Estado ditatorial a ampla interferência na vida privada dos cidadãos. Assim, permitia-se ao legislador fundamentar uma incriminação no pudor, definido como “complexo sentimento concernente a toda conduta do indivíduo sob o prisma sexual”. Quer dizer, a conduta do cidadão, mesmo em seu íntimo, poderia sofrer a interferência estatal por meio de normas penais. Basta a leitura do preâmbulo da Constituição de 1937 para encontrar, como um de seus objetivos, a busca pelo bem estar social. Além disso, sua própria forma denunciava seu autoritarismo, pois, em primeiro lugar, regulamentava-se a estrutura do Estado e, mais adiante, previam-se os direitos fundamentais.

Os “bons costumes”, como interesses a serem tutelados, eram compreendidos como parcela da moralidade pública. Esta, por sua vez, é definida como “a consciência ética de um povo, em um dado momento histórico e precisamente o seu modo de

⁷⁷ HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, vol. 8, p. 93

⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, parte especial: arts. 213 a 359 CP. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.1.

⁷⁹ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N. 202, setembro de 2009. p.8.

entender e distinguir o bem e o mal, o honesto e o desonesto”. Ou, ainda, a moralidade pública é o conjunto de normas que ditam o comportamento a ser observado nos domínios da sexualidade. O conceito é muito vago e não condiz com o princípio da legalidade estrita de um Direito Penal do Estado Democrático de Direito.⁸⁰

Na trilha do mesmo pensamento Santana:

Sob o ponto de vista repressivo, veio o código penal de 1940, estabelecendo os “crimes contra os costumes”. Noronhachega a considerar que nada perderia essa lei se usasse o nome “crime contra o pudor”, já que todos os delitos que compuseram esse título tiveram como denominador comum a ofensa a esse sentimento individual e social, além de que essa expressão estaria mais ao alcance do povo, por ser o pudor vulgarmente conhecido como sentimento de pejo ou vergonha suscitado por um ato de natureza sexual.⁸¹

Ainda, Santana esclarece que juridicamente o costume pode ser composto por dois elementos que o determinam e justificam:

[...] *corpus* ou *consuetudo*, que consiste na prática social reiterada do comportamento (uso objectivo, de acordo com a expressão *longi temporis praescriptio*) e *oanimus*, que consiste na convicção subjectiva ou psicológica de obrigatoriedade desses comportamentos enquanto representativos de valores essenciais, de acordo com a expressão *opinio juris vel necessitatis*. Os crimes contra os costumes então foram as condutas que a sociedade de forma reiterada rechaçou e que o indivíduo, de modo geral, acreditou não ser corretas, a ponto de o Direito considerá-las ilícitos penais.⁸²

O Código visava tutelar o comportamento sexual da sociedade, ou seja, a moral pública sexual. Claro que não em relação às atividades sexuais usuais dos indivíduos, mas sim

⁸⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, p.9-10.

⁸¹ SANTANA, Aline Guimarães Matos de. Da defesa dos costumes à proteção da dignidade sexual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7115>. Acesso em 24 de agosto 2016.

⁸² SANTANA, Aline Guimarães Matos de. Da defesa dos costumes à proteção da dignidade sexual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7115>. Acesso em 24 de agosto 2016.

as condutas que considerava graves, que atentavam contra a moral sexual da sociedade da época⁸³.

A alcunha Dos Crimes Contra os Costumes “justificava-se sob o aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940. Para a sociedade da época, apenas as mulheres de família, de bons costumes, virgens até a data do casamento, mereciam a proteção da lei.”⁸⁴

Vários tipos penais faziam referência à honestidade⁸⁵ da mulher ou a sua virgindade. Como por exemplo, na redação do parágrafo único do antigo artigo 215, que tratava de uma forma qualificada da posse sexual mediante fraude, se a vítima fosse mulher virgem⁸⁶. Bem como o art. 217 que tratava do crime de sedução⁸⁷. O bem jurídico tutelado a virgindade da menor seduzida traduzia, na primeira metade do século, a honra da mulher: perdida a virgindade, perdida estava a honra. Sua incolumidade sexual tinha de ser preservada para o casamento. Isso era tão importante, que o próprio casamento da vítima com o autor do delito constituía causa de extinção da punibilidade, prevista no art. 107, incs. VII e VIII do Código⁸⁸. Essas disposições abarcavam os crimes de estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto (art. 213 a 221) do Código Penal.

⁸³ O homossexualismo, a prostituição e a bestialidade (coito com animais) antes mesmo da lei 12.015, já não eram considerados por si mesmos delitos. Também o incesto já não era considerado crime.

⁸⁴ MARQUES, I. L. A presunção de honestidade da mulher- algumas reflexões sobre a Lei nº 11.106, de 28.03.2005. Boletim IBCCRIM, nº 150, p.3.

⁸⁵ A expressão mulher honesta é um juízo de valor, que de acordo com os ditames morais da época da redação do Código restringia a proteção a determinadas mulheres em relação a alguns tipos penais. Dessa forma, tanto as prostitutas, quanto as mulheres consideradas promíscuas não eram incluídas na tutela do direito penal.

⁸⁶ *Posse sexual mediante fraude*

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

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

*Parágrafo único. Se o crime é praticado contra **mulher virgem**, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos (grifo nosso)*

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

⁸⁷ *Sedução*

Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de 18 anos (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

⁸⁸ *Art. 107. Extingue-se a punibilidade*

VII- - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, e III do Título VI da Parte Especial deste Código

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação pena no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração.

Estes incisos foram expressamente revogados já em 2005, pela Lei 11.106, demonstrando que o legislador já vinha buscando uma reforma no capítulo dos crimes contra os Costumes. A propósito a Lei 11.106/2005 além de revogar os incisos VII e VIII do art. 107, também revogou os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do caput do art. 226, o § 3o do art. 231 e o art. 240, todos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro.

“Entendia-se que o matrimônio limpava a honra da vítima manchada pelo crime, constituindo, em tese, razão suficiente para a terminação dos questionamentos judiciais acerca dos fatos”.⁸⁹

Também o art. 216, atentado ao pudor mediante fraude⁹⁰, somente admitia como sujeito passivo mulher honesta, bem como o crime de rapto violento ou mediante fraude⁹¹, previsto no artigo 219 do Código Penal. Ainda no capítulo dos crimes contra os costumes havia o crime de rapto consensual para fins de casamento⁹².

Percebe-se nitidamente uma forte influência da moral sexual da época sobre o legislador de 1940, um forte entrelaçamento entre moral e direito, o que acabou por produzir um direito penal paternalista na tutela da sexualidade. “Era o reflexo de uma sociedade patriarcal e pautada por valores éticos-sociais que primava, sobretudo, pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família, menoscabando, isto é, deixando para um segundo plano, a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo”⁹³.

Capez esclarece a objetividade jurídica dos costumes:

A proteção dos costumes, portanto, sobrelevava em face de outros interesses penais juridicamente relevantes como a liberdade sexual. [...]Com efeito, à época em que foi editado o Decreto-Lei n. 2.848 (Código Penal), em 7 de dezembro de 1940, não havia espaço para a flexibilização dos padrões da moral sexual, de forma que a sua proteção assumia especial relevo em face dos direitos individuais.⁹⁴

Dentro desse contexto Estefam critica a tutela dos costumes, pois “cuidava-se de noção impregnada de moralismos, e, dado o contorno que possuíam os crimes contidos neste

⁸⁹MARCÃO, Renato. Lei 11.106/2005: Novas Modificações ao Código Penal Brasileiro. (IV) – Dispositivos Revogados. In: CONAMP- Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/468-lei-11-106-2005-novas-modificacoes-ao-codigo-penal-brasileiro-iv-dispositivos-revogados.html>. Acesso em 15.08.2016.

⁹⁰*Atentado ao pudor mediante fraude*

*Art. 216. Induzir mulher **honest**a, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

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

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos

⁹¹*Art. 219 Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso. A Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.*

⁹²Estabelecia pena de detenção, de um a três anos, se a raptada fosse maior de catorze e menor de vinte e um anos, e o rapto fosse praticado com seu consentimento

⁹³ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, vol. 3, parte especial. 10 ed. São Paulo: Saraiva 2012, p.19.

⁹⁴ CAPEZ,., *Op. cit.*, p.19.

Título, em sua redação original, transmitia a impressão de que se procurava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne a sua atividade sexual”.⁹⁵

Fica claro, evidente que a moral sexual da época buscava proteger em muitos tipos penais a honra sexual e não liberdade sexual. Destacando-se o tratamento diferenciado de gênero, pois o homem tudo podia, já a mulher deveria ser recatada, preferencialmente virgem, e se assim não fosse, que tivesse apresentado pouca experiência sexual, pois uma vez considerada promíscua não se encaixava no conceito de “mulher honesta”, e, portanto, não merecia em alguns casos a tutela penal. Aliás, conceito, esse que possibilitava ao julgador um enorme juízo de valor.

Pronuncia-se nessa linha, Nucci *et. al*:

A elaboração do Título VI- Dos Crimes contra os Costumes- justificava-se sob o aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940. Para a sociedade da época, apenas as mulheres de família, de bons costumes, virgens até a data do casamento mereciam a proteção da lei. Prova disso, era a possibilidade de anulação do casamento caso fosse constatado, em pós-núpcias, o prévio defloramento da recém-casada (art. 219, IV, do CC/1916). Todas as mulheres que não possuíam esses requisitos “formais” eram consideradas sexualmente desonestas e, portanto, não tinham sua liberdade sexual integralmente protegida contra os delitos hoje reformados. Afinal, mulheres carecedoras da honra sexual cultural não possuíam, por exemplo, a ingenuidade necessária para figurarem no pólo passivo dos delitos sexuais praticados mediante fraude.⁹⁶

Fragoso, na década de 80, quase trinta anos antes da reforma já criticava a escolha dos costumes como bem jurídico a ser tutelado. Veja-se sua lição outrora:

As disposições de nosso CP nesta matéria são extremamente repressivas e representativas de uma mentalidade conservadora, incompatível com os tempos modernos. O critério que hoje domina a incriminação de tais fatos é o do efetivo dano social, sendo inteiramente injustificável a repressão penal de comportamentos considerados imorais ples que têm o poder de fazer as leis. Vivemos um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de

⁹⁵ ESTEFAM, André. Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva 2009, p.16.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza; MONTEIRO, André Vinícius; GEMIGNANI, Daniel; MARQUES, Ivan Luís. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218-A e 218-B, introduzidos pela Lei 12.015/2009). Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 86, vol 18 set-out, 2010, p.11.

certos preconceitos, conseqüência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores. Na aplicação da lei os juízes devem estar atentos aos envelhecimentos e desatualização da lei, procurando interpretá-la em consonância com uma visão moderna, que corresponda às exigências dos novos tempos.⁹⁷

Damáσιο de Jesus também já ressaltava antes da alteração que os operadores jurídicos deveriam procurar adequar a moral sexual aos novos tempos:

Evidentemente, o intérprete e o aplicador da lei devem valer-se, mais do que nunca, da observação dos costumes vigentes na sociedade onde vivem. Com a crescente liberdade sexual hoje predominante as relações entre homem e mulher perderam a conotação de pecado e segredo. O sexo é amplamente discutido e revelado, às vezes cruamente, pelos meios de comunicação. As gerações mais novas conhecem cedo o mundo do sexo e o encaram com naturalidade.⁹⁸

Afigura-se oportuna a transcrição da lição de Nucci, que se pronuncia nessa linha:

Há muito vínhamos sustentando a inadequação da anterior nomenclatura (“dos crimes contra *os costumes*”), lastreada em antiquados modelos de observação comportamental da sexualidade na sociedade em geral. Afinal, os *costumes* representavam a visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente, sob o ângulo da generalidade das pessoas. Inexistia qualquer critério para o estabelecimento de parâmetros comuns e denominadores abrangentes para nortear o foco dos *costumes* na sociedade brasileira.

Aliás, em pior situação se encontrava o travamento da questão sob o enfoque evolutivo, pois os tais *costumes* não apresentavam mecanismos propícios para acompanhar o desenvolvimento dos padrões comportamentais da juventude e nem mesmo para encontrar apoio e harmonia no também evoluído conceito, em matéria sexual, dos adultos da atualidade.⁹⁹

⁹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, parte especial: arts. 213 a 359 CP. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 1-2.

⁹⁸ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, parte especial: vol. 3. 20 ed, São Paulo: Saraiva 2012, p.121.

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual: comentários à Lei 12015, de 7 de agosto de 2009. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.23-24.

Resta claro que o bem jurídico tutelado no Código de 1940, os costumes, já não acompanhavam a evolução da moral sexual dos brasileiros, bem como se encontrava em desacordo com a Carta Magna. Como bem observa Santana:

Não cabe mais a defesa de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres por conta de pudores defendidos e impregnados há décadas atrás. Não cabe mais, em nome de um ideal de família, fugir das situações de violência doméstica, onde aquele que devia proteger fere. Não cabe mais fechar os olhos para o aumento da exploração sexual de jovens e crianças. Não cabe mais protelar um maior envolvimento do Ministério Público na defesa da dignidade sexual¹⁰⁰.

Portanto, tutelar os costumes, a moral sexual já não mais condizia com o atual estágio da sociedade brasileira, que nessas décadas foi se tornando cada vez mais plural e liberal.

1.3.2. Novo Bem Jurídico: A Dignidade Sexual

Após, a análise do bem jurídico tutelado no Código Penal de 1940, faz-se necessário mencionar, ainda que sucintamente sem a pretensão de esgotar a temática, algumas transformações que foram ocorrendo na sociedade brasileira e no mundo para se compreender como se chegou às alterações trazidas pela Lei 12.015/09 e o bem jurídico tutelado, pois como já mencionado, busca-se verificar o conjunto de valores que orientam a aplicação e a interpretação das normas penais incriminadoras no campo sexual.

1.3.2.1.. As influências do contexto cultural e sociopolítico mundial e brasileiro.

No pós segunda guerra mundial, o mundo passa por uma transformação cultural, quando se desencadeiam diversos acontecimentos destacando-se o desenvolvimento tecnocientífico, a emergência dos direitos individuais, e o pluralismo social.

¹⁰⁰SANTANA, Aline Guimarães Matos de. Da defesa dos costumes à proteção da dignidade sexual. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7115>. Acesso em 24 de agosto 2016.

De 1945 em diante, surgem vários movimentos reivindicando os direitos individuais; em 1948 a ONU elabora a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Já na década de 60 eclodem vários movimentos sociais, de profunda modificação social, destacando-se o movimento feminista¹⁰¹. Essa década foi de profunda transformação social mundial, quando os valores existentes foram questionados, desencadeando um pluralismo moral¹⁰², uma diversidade de visões morais.

Esse período foi marcado por tantas mudanças importantes que as morais existentes foram rapidamente ‘ultrapassadas’. As balizas tradicionais mostraram-se insuficientes para responder às questões suscitadas pelas revoluções nos domínios da ciência, da sexualidade e dos direitos da pessoa. Estabelece-se uma variedade de valores e morais na sociedade.

Greco e Rassi destacam a importância da revolução sexual do século XX, para a sexualidade:

A partir da segunda metade do século XX, dois importantes eventos marcaram o estudo sobre a sexualidade: (1) o desenvolvimento de métodos contraceptivos, o que rompe com a associação, até então existente, entre o exercício da sexualidade e a reprodução da espécie; e (2) o surgimento de novas reflexões derivadas da mobilização de alguns segmentos da sociedade civil organizada e de estudos doutrinários. [...] Como conseqüências desse fenômeno, podem ser citadas: uma alteração do estereótipo masculinidade/feminilidade e seus respectivos papéis; maior instabilidade e *psicologização* das relações conjugais; novas atitudes liberais em relação ao corpo e às emoções, buscando maior qualidade de vida; maior tolerância social às diferenças e ao inconformismo individuais, respeitando-se a opção das minorias e também maior tolerância em relação ao sexo pré-marital e o rechaço ao duplo padrão de moralidade entre o homem e a mulher; o enfraquecimento do controle familiar e institucional sobre a sexualidade do adolescente, que passou ao amadurecimento sexual mais precoce, principalmente nos países industrializados; a evolução das técnicas anticoncepcionais, libertando a mulher da gravidez

¹⁰¹ Surgem os movimentos feministas na década de 60 e, um pouco mais tarde, os movimentos dos homossexuais, resultantes das desigualdades derivadas da moralidade sexual vigente. O movimento feminista, já a partir dos anos 70, promove um crescimento sobre os estudos de gênero, dando novas perspectivas sobre as questões teóricas e de investigação sobre a sexualidade, que passaram a ser vistas em uma complexa dimensão social e política de relação entre sexualidade, saúde, construção de cidadania e o exercício efetivo de direitos, ou seja, os direitos sexuais. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

¹⁰² Pluralismo moral é aqui utilizado no sentido da existência de diversas visões morais, idéias e interpretações diferentes. Hoje as sociedades são pluralistas, não há uma moralidade comum a todos e sim diversas narrativas, perspectivas morais. Durand define o pluralismo moral como a explosão do consenso social, jurídico e religioso tradicional em relação aos valores morais. DURAND, Guy. Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos. Tradução Nicolas Nyimi Campanário São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2003, p.38.

indesejada; e, por fim, a educação sexual, que proporcionaram, portanto, profunda alteração nas atitudes e comportamentos sexuais.¹⁰³

Por certo, que esse contexto mundial também vem a se refletir na sociedade brasileira. Que, entretanto, atravessa um período conturbado de sua história. Em 31 de março de 1964, é deflagrado um golpe político-militar. Era o fim da democracia e, pela primeira vez na história brasileira, os militares detêm o poder, iniciando-se o período do regime militar.

Inicialmente o golpe de Estado justificou-se pela necessidade de livrar o país do comunismo e da corrupção, e para restabelecer a democracia. Para Gaspari, “o levante se apresentara como um movimento em defesa da ordem constitucional, mas a essência dos acontecimentos negava-lhe esse caminho”¹⁰⁴. Pois os militares começaram a modificar as estruturas do país por meio dos chamados Atos Institucionais (AIs), politicamente havia apenas dois partidos políticos, o congresso funcionava como figura decorativa. Vários parlamentares foram cassados, as eleições passaram a ser indiretas.

Durante o período militar, o país viveu sob o comando de um poder autoritário e ditatorial exercido pelas Forças Armadas que se refletiu nas estruturas do país. Os movimentos sociais contra a ditadura foram duramente perseguidos e reprimidos com muita violência através de prisões arbitrárias e torturas. Acontecem greves operárias e mais tarde a luta armada de grupos de esquerda contra a ditadura militar. Não havia liberdade de expressão e censura aos meios de comunicação, muitos passaram a viver na clandestinidade ou no exílio. No plano econômico houve um grande crescimento, através dos Programas de Ação Econômica do Governo (PAEG), com o controle e declínio da inflação e o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB). Entre 1969 e 1973 houve o chamado milagre econômico, mas também se agravou a desigualdade social brasileira. No período do presidente Geisel enfrentou-se uma grande crise econômica e a dívida externa dobrou.

Obviamente que esse contexto de repressão nos anos de ditadura se reflete na vida das pessoas, na sociedade, os meios de comunicação sofreram dura censura, livros são censurados e proibidos de serem publicados, peças de teatro, produções cinematográficas são censuradas e a MPB (Música Popular Brasileira) passou a ser tratada como prejudicial à população, pois segundo o Estado as músicas de protesto ofendiam a moral e aos costumes e às leis. Muitos cidadãos tinham medo de falar e se calavam diante de tantas atrocidades, pois

¹⁰³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16-17.

¹⁰⁴ GASPARI, Elio. A ditadura envergonhada. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.121.

não se tinha mais liberdade de expressão no país. Principalmente juventude e movimento estudantil ansiavam e lutavam pela redemocratização do país e por uma mudança cultural.

Não obstante esse cenário, as principais modificações no comportamento sexual do brasileiro ocorrem a partir dos anos 60 e 70.

Os meios contraceptivos tornaram a mulher brasileira mais independente em sua sexualidade, facultando o planejamento familiar e tornando possível a sua inserção no mercado de trabalho, apesar de ainda não se encontrar em pé de igualdade com o homem.

O casamento já não é legitimador da relação sexual, havendo a alta incidência de uniões estáveis, reconhecidas juridicamente, cuja dissolução muitas vezes é feita pelo simples acordo entre o casal, fora do controle do Judiciário ou de qualquer instância reguladora. Se antes o “desquite” havia sido uma grande conquista para a liberdade da mulher, hoje, a união estável tornou a mulher mais independente.¹⁰⁵

Após duas décadas, em 1985 termina o período militar, iniciando-se um novo período na história brasileira, chamado de Nova República. Em maio daquele ano, foram restabelecidas as eleições diretas para a presidência da República, e aprovado o direito de voto aos analfabetos. Também foram legalizados todos os partidos políticos, como por exemplo, o Partido Comunista Brasileiro (PCB) e o Partido Comunista do Brasil (PC do B).

Em novembro de 1985 ocorreram as eleições municipais, em 201 cidades. Para novembro de 1986 foram marcadas as eleições para o Congresso - senadores e deputados federais. Politicamente as expectativas se concentravam na revogação das leis que ainda limitavam as liberdades, promulgadas no período militar; e na criação de uma Assembléia Constituinte, que elaboraria uma nova Constituição.

As influências e pressões que uma Constituição sofre pelas forças reais de poder, na sua elaboração, se refletem no modelo de Estado que será adotado e conseqüentemente no modelo de sociedade, mais explicitamente na vida de seus cidadãos. Por isso, merece destaque a maneira como foi elaborada a Constituição de 1988, pois os fatores que influenciam na elaboração da Carta Maior de um país são importantes, uma vez que a Constituição “é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de

¹⁰⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20

acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político¹⁰⁶. Pode-se dizer que a Constituição é formada por um conjunto de forças políticas, econômicas e sociais que elaboram a maneira de ser de um Estado, ou seja, é na Constituição que se encontram as regras, as normas e os princípios que definem a estrutura do Estado e os direitos dos cidadãos. Através da compreensão de como foi elaborada a Constituição de 1988, o seu contexto histórico, político e social será possível entender o porquê do atual bem jurídico tutelado nos crimes sexuais.

A Assembléia Nacional Constituinte¹⁰⁷ se reuniu em 1 de fevereiro de 1987, os parlamentares que a compunham eram de diversas crenças políticas, através dela a população brasileira depositou suas esperanças, “havia um anseio de que ela não só fixasse os direitos dos cidadãos e as instituições básicas do país como resolvesse muitos problemas fora de seu alcance”¹⁰⁸.

O país estava em um novo processo de redemocratização onde se via a necessidade de devolver ao povo todos os direitos que haviam sido retirados deles durante o processo ditatorial. Conforme Angelo:

Ao longo dos trabalhos, a Assembléia Constituinte esteve aberta a propostas de emendas populares. Para tanto, bastaria que as sugestões fossem encaminhadas por intermédio de associações civis e subscritas por, no mínimo, 30 mil assinaturas que atestassem o apoio popular à proposta. Até o encerramento dos trabalhos, a Assembléia Constituinte recebeu mais de 120 propostas de emendas constitucionais nas mais diversas áreas, reunindo cerca de 12 milhões de assinaturas¹⁰⁹

106 CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.12. Na percepção de Bonavides: Do ponto de vista material, a constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição. Debajo desse aspecto, não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja [...] Em suma, a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo das determinações mais importantes, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria constitucional. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.80.

107 A Assembléia Nacional Constituinte foi composta por 559 membros, sendo 487 deputados e 72 senadores. Esse número é menor que os atuais 513 deputados e 81 senadores, que totalizam 594 porque, na época, o Brasil tinha apenas 22 estados mais o Distrito Federal, Amapá, Roraima e Tocantins foram transformados em estados apenas em 1988.

108 FAUSTO, Boris. História do Brasil. 9. ed. São Paulo: Edusp; FDE, 2001. p 524.

109 ANGELO, Vitor Amorim de. Constituição de 1988 (1): Contexto histórico e político. (Texto escrito no UOL EDUCAÇÃO). In: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/constituicao-de-1988-1-contexto-historico-e-politico.htm>?mobile Acesso em 22.08 2016.

Durante o processo da Assembléia Nacional Constituinte, muitas coisas foram debatidas desde questões menores a questões relativas à organização do Estado, e os direitos individuais. Muitos setores e grupos pressionaram para terem seus interesses tutelados pela nova Constituição e muitos criticaram o texto da Constituição por abranger em seu corpo assuntos que não pertenciam à seara constitucional¹¹⁰.

Nesse período a sociedade brasileira já era um modelo de sociedade pluralista, “nela já não encontraremos uma moral sexual, mas, sim diversos sistemas morais referidos à sexualidade, recebendo influências de crenças religiosas, de tabus, costumes, convenções¹¹¹.

Após 20 meses de trabalho, no dia 5 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição Federal do Brasil, um marco no país que definiria o Brasil novamente, como um país democrático. Também conhecida como a Constituição Cidadã, ela foi a oitava¹¹² na história do Brasil desde que ele passou pela independência.

Foi a Constituição brasileira que mais destaque deu a participação popular na sua elaboração, é considerada a mais completa de todas, e justamente por ser ampla recebeu críticas pela sua extensão¹¹³.

Entre tantas inovações advindas da atual Carta de 1988, é significativa a importância que assumem os direitos fundamentais, recebendo o reconhecimento de seu merecido *status* jurídico, bastando verificar-se a sua situação topográfica no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais. Merece destaque também o restabelecimento da inviolabilidade de direitos e liberdades individuais¹¹⁴, os direitos sociais, a demarcação de terras aos índios, a ampliação dos direitos trabalhistas,¹¹⁵ a restituição do direito à livre manifestação de pensamento e liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação.

Imprescindível referir, que com a promulgação da Carta Magna de 1988, inaugura-se no país, um novo modelo estatal: o Estado Democrático de Direito,¹¹⁶ garantido pelos direitos e

¹¹⁰ Até hoje recebe críticas por seu inchaço e pela grande discrepância entre sua teoria e a realidade brasileira, que, quase três décadas depois, continua relativamente pobre e profundamente desigual.

¹¹¹ GUIMARÃES, *op.cit.* p.116-117

¹¹² Considerando-se a Emenda nº 1º de 1969, que cria os Atos Institucionais.

¹¹³ Ela possui 250 artigos que se dividem em 9 títulos. São eles: Título I- Princípios Fundamentais; Título II- Direitos e Garantias Fundamentais; Título III- Organização do Estado; Título IV – Organização dos Poderes; Título V- Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; Título VI- Tributação e Orçamento; Título VII- Ordem Econômica e Financeira; Título VIII- Ordem Social; Título IX- Disposições Constitucionais Gerais.

¹¹⁴ Possui mais de setenta incisos sobre os direitos de todo cidadão à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à segurança.

¹¹⁵ Reduziu a jornada semanal de 48 para 44 horas, reinstituindo o direito de greve e instituindo liberdade de associação sindical, décimo-terceiro salário para aposentados e seguro desemprego.

¹¹⁶ Para MORAIS, o Estado para ser Democrático de Direito deve atender aos seguintes princípios: constitucionalidade; democracia; sistema de direitos fundamentais; justiça social; igualdade; divisão de poderes;

garantias fundamentais, sem abandonar as idéias dos modelos anteriores de Estado¹¹⁷. Concedeu novos direitos (denominados de direitos difusos, porque exercidos não mais por pessoas determinadas, mas por uma coletividade indeterminada), entre outros, ampliando a noção de cidadania, modificando a relação existente entre sociedade e Estado (antes sociedade e Estado eram realidades conflitantes e totalmente diversas), vendo as duas realidades como interdependentes e ligadas por um objetivo comum: a realização do Direito.

Para tanto, afigura-se oportuna a transcrição da lição de Morais:

O Estado Democrático de Direito, desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*.¹¹⁸

Essa nova concepção de Estado, também se faz refletir no direito penal. Pronuncia-se nessa linha, Ponte:

A concepção de Estado adotada está diretamente ligada a um dado sistema punitivo, que se manifesta sobretudo por intermédio do Direito Penal. O Direito Penal de um Estado Totalitário certamente não é o mesmo de um Estado Democrático de Direito. [...] num Estado Democrático de Direito haverá uma grande preocupação em salvaguardar as liberdades pública, assegurar intransigentemente respeito às garantias individuais e estimular a pluralidade, a diversidade e a tolerância. A lei penal será o último recurso destinado àqueles que se insurjam contra a ordem social, fruto de uma construção coletiva.¹¹⁹

Em um Estado democrático de direito os direitos e garantias individuais passam a ter um papel central, em detrimento dos interesses estatais. Ainda nesse sentido, Bitencourt:

legalidade; segurança e certeza jurídica. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 75.

¹¹⁷ Estado Liberal, - caracterizado pela mínima intervenção estatal -, temos um Estado que tem na limitação de seus poderes e funções o seu caráter marcante. E o Estado Social- *Welfare State*- caracterizado pelo grande intervencionismo estatal, pela visão do coletivo e não mais do individualismo.

¹¹⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 74.

¹¹⁹ PONTE. Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 165-166.

Tomando como referente o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna. Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.¹²⁰

Diante de um novo cenário político, com a redemocratização; novo cenário jurídico, com uma nova constituição e um novo modelo de Estado, além dos movimentos sociais que transformaram a cultura e a moral da sociedade, cada vez mais se percebia a necessidade de modificações no campo da tutela penal sexual.

Percebendo a evolução e as mutações que a sociedade brasileira sofreu ao longo desses 70 anos¹²¹ quanto à sua moralidade sexual, já não era sem tempo, que o legislador finalmente com a Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, efetuasse modificações no título referente aos costumes buscando adequar a lei penal aos novos hábitos sexuais da população. “Já se notava a necessidade de reformar o Título VI do Código Penal. A bem da verdade, desde a promulgação da atual Constituição Federal, que erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, já se fazia mister (no mínimo) uma releitura de suas disposições.”¹²²

Levando-se em consideração que o Código Penal foi editado em 7 de dezembro de 1940, portanto, há 76 anos, resta claro que no decorrer desse período os valores morais da sociedade brasileira passaram por profundas transformações e não poderia ser diferente em relação à moral sexual brasileira. Como bem observam Greco e Rassi:

No que diz respeito as minorias sexuais, as mudanças observadas na sociedade brasileira nas últimas três décadas também aceleram uma modernização na área dos costumes.

A partir do movimento feminista, desencadeou-se também, ainda que com menor expressão, a luta dos homossexuais pelo reconhecimento de seus direitos de inclusão social. Organizados, ganharam espaço na mídia e atenção das instâncias públicas,

¹²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Op.cit.*, 2013, p. 43.

¹²¹ Passaram-se 70 anos entre a entrada em vigor do Código Penal de 1940, até as alterações efetuadas pela Lei 12.015 em 7 de agosto de 2009.

¹²² ESTEFAM, *op. cit.* p. 17.

principalmente depois do surgimento da AIDS, que passaram a coibir de forma responsável. O mesmo ocorreu com a prostituição.

Assim, como tem ocorrido nas civilizações ocidentais, o comportamento sexual do brasileiro muito modificou desde os anos 60 até os dias de hoje, valorizando o aspecto positivo da sexualidade e a sua privatização.

Pelos novos paradigmas, há um afastamento das moralidades religiosas herdadas da época medieval, ganhando a sexualidade uma autonomia individual e subjetiva, que passa a ser um tema cada vez menos tratado por conceitos *a priori*, especialmente no que se refere ao espaço privado.¹²³

Com a nova legislação que substituiu a tutela dos bons costumes pela tutela da dignidade sexual quebra-se um paradigma como bem observa Salvador Netto: “A substituição da alcunha significa-ao que parece- a quebra de um paradigma e, ao mesmo tempo, uma visão mais temporal e laica da questão, privilegiando e protegendo, enfim, a autodeterminação sexual”.¹²⁴

Destarte, percebe-se o quão descabido, discrepante, que delitos que atentavam à dignidade humana da vítima continuassem sendo tratados apenas como violações dos costumes, da moral pública.

Assim, será destacada logo a seguir, a alteração realizada pela lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, quanto à nomenclatura no Título VI da parte especial do Código Penal, que passou denominar-se “*Dos Crimes contra a Dignidade Sexual*”, e os efeitos que essa alteração produz.

1.3.2.2 O Princípio da Dignidade Humana e sua inferência na Dignidade Sexual.

Veja-se que já no preâmbulo e no artigo primeiro da Constituição de 1988 a dignidade humana¹²⁵ constitui um princípio fundamental do Estado brasileiro

¹²³ GRECO; Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *op. cit.* p. 21-22.

¹²⁴ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N. 202, setembro de 2009. p. 8-9.

¹²⁵ A Constituição da República Italiana de 1947 foi a primeira a se referir expressamente à dignidade. Art. 3º, I: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

Tradução livre: Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política, de condições pessoais e sociais.

Entretanto, foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1940), em seu artigo 1 que criou o princípio da intangibilidade da dignidade Art. 1, I: A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e

Art. 1 - A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- A soberania;

II- a cidadania

III- a dignidade da pessoa humana

[...] (sem grifo no original)¹²⁶

O vocábulo dignidade possui diversas significações. Conforme o vernáculo remete a um atributo moral, incita respeito, estima, honra, nobreza. Também pode significar consciência do próprio valor, dos sentimentos e valores. A dignidade humana, conceito construído filosoficamente, é exclusiva dos seres humanos. Conforme Kant, o ser humano possui a “autonomia da vontade”, somente o ser humano pode autodeterminar-se. Nesse sentido, Kant:

O Homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo. Não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim [...]¹²⁷

O fato é que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. “A dignidade da pessoa humana é a própria essência do homem, que não se confunde com a dos animais, nem com a das coisas.”¹²⁸ Logo, o ser humano possui valor próprio, não pode ser tratado como objeto, pois é um fim em si mesmo.

Mas em termos jurídicos o que significa dignidade humana? Indo mais além, o que significa inserir em uma Constituição a dignidade humana como princípio?

Ascensão arrazoada:

O que está então por detrás do recurso nas constituições à dignidade da pessoa humana? Está uma realidade substancial: a própria pessoa. É esta necessariamente o elemento essencial a que se refere os próprios textos constitucionais. A pessoa é o

protegê-la é obrigação de todo o poder público. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>, acesso em 10 de setembro de 2016.

¹²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 29. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹²⁷ SARLET, Ingo W. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹²⁸ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Novos Crimes sexuais. São Paulo: Malheiros, 2009. p.132.

ente ou substância que tem e manifesta aquela dignidade. Impõe-se, pois para a interpretação da lei, que se desça à análise substancial do ser que é digno, para que se possa compreender porque é revestida de dignidade.¹²⁹

O ilustre constitucionalista Sarlet apresenta sua definição de Dignidade Humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.¹³⁰

Pois bem, a dignidade humana na Constituição de 1988 constitui um dos princípios do Estado Democrático de Direito, que vinculado aos seus objetivos¹³¹, lhe concede um destaque incontestável de norma constitucional. Veja-se a lição de Ascensão:

[...] não podemos esquecer que a própria Constituição aponta ‘a dignidade da pessoa humana’ como base da república (juntamente com a vontade popular) logo no art. 1. Dá-lhe assim um relevo particularíssimo, pois todos os restantes preceitos constitucionais lhe estariam subordinados no ponto de vista substancial. É análoga a situação à face do art. 1, III da Constituição Federal brasileira, por exemplo. Não são casos isolados. Os apelos à dignidade da pessoa humana multiplicam-se nas constituições, como fundamento geral. Inspiram-se todos no modelo paradigmático da Grundgesetz alemã, sem nunca atingirem todavia a grandeza lapidar desta: “Die Würde des Menschen ist unantastbar” (a dignidade da pessoa humana é inviolável). Abre a própria Constituição, separada de tudo o resto, pois tudo o mais surge como concretização desta grande premissa.

¹²⁹ ASCENSÃO, José Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 103, p. 281-282, jan. 2008. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67806/70414>>. Acesso em: 03 sep. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v103i0p277-299>.

¹³⁰ SARLET, Ingo W. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.60

¹³¹ Brasil, Constituição Federal Art. 3: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- **promover o bem, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

Segundo Flávia Piovesan: “E a relevância conferida na Constituição Federal à dignidade da pessoa humana é notória ao passo que esses objetivos apontados de forma fundamental pela Carta almejam a efetivação prática da dignidade da pessoa humana.” PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996, p.58

Esta orientação tem de ter um sentido substancial, caso contrário seria consequência e não mais fundamento duma ordem normativa.¹³²

Para Miranda, ilustre constitucionalista português, o princípio da dignidade humana consituiu um metaprincípio:

Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objecto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia mesmo um *metaprincípio*.¹³³

A dignidade humana é considerada um princípio central na Constituição Brasileira e também de um verdadeiro valor fonte para todo o ordenamento jurídico constitucional em nosso país. “Infere-se que o valor da dignidade humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.”¹³⁴

Para tanto, afigura-se oportuna a transcrição da lição de Marcão e Gentil:

Na Constituição brasileira, como já se disse, a dignidade do ser humano ocupa o terceiro lugar no enunciado de fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), que se proclama “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”. Quer dizer que o constituinte nacional a considera verdadeiro *valor dos valores*, em torno do qual todos estes deverão operar e, sendo assim, segundo já foi interpretado por JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO¹³⁵, como *valor-fonte* de toda a ordem social.¹³⁶

¹³²ASCENSÃO, José Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 103, p.281, jan. 2008. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67806/70414>>. Acesso em: 03 sep. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v103i0p277-299>.

¹³³ MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. 170. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹³⁴PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 16.ed, São Paulo:Saraiva, 2016. p.103.

¹³⁵ Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho que julgando habeas corpus n HC 105437/SP - SÃO PAULO em 30/10/2012, menciona sobre a centralidade do princípio da dignidade humana e um verdadeiro valor fonte. O excesso de prazo na duração da prisão cautelar – tratando-se, ou não, de delito hediondo – não pode ser tolerado, impondo-se, ao Poder Judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na

Trilhando idêntico rumo, cita-se Mirabete e Fabbrini:

No contexto normativo em que foi utilizado, o termo “dignidade” deve ser compreendido em conformidade com o sentido que lhe empresta a Constituição Federal, que prevê a ‘dignidade da pessoa humana’ como conceito unificador de todos os direitos fundamentais do homem que se encontram na base de estruturação da ordem jurídica (art. 1, inciso III).¹³⁷

Na Magna Carta a dignidade é um princípio que informa a Constituição, nos crimes sexuais a dignidade é um bem jurídico que deriva desse princípio. Com a alteração do bem jurídico, que agora passa a ser a Dignidade Sexual estabelece-se uma relação, uma conexão direta entre o Princípio da Dignidade Humana e a Dignidade Sexual, pois a dignidade humana abarca a dignidade sexual¹³⁸.

Conforme Führer:

O desrespeito à dignidade da pessoa humana consubstancia-se na coisificação do homem, que, transformado em objeto, perde sua substância. É o que ocorre na escravidão, na tortura, no genocídio radical e no atentado sexual. [...]. E é esta, exatamente, a definição de crime sexual: a transformação, pela força ou ameaça, do ser humano em mero instrumento do prazer alheio.¹³⁹

Constituição da República, a imediata devolução do “status libertatis” ao indiciado ou ao réu. - A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulada **dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.** Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. (grifo nosso). In <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3523571>

¹³⁶ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes Contra a Dignidade Sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p.33.

¹³⁷ MIRABETI, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, vol. 2: parte especial, arts 121 a 234-B do CP. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.402.

¹³⁸ Marcão e Gentil criticam essa opção por adjetivar a dignidade: Há séria dificuldade em harmonizar o substantivo (*dignidade*) ao adjetivo (*sexual*), donde ser viável suspeitar de uma vontade legislativa de simplesmente inovar e de sofisticar uma categoria [...]” É realmente difícil adjetivar a dignidade, como se ela pudesse ser uma, de natureza sexual, outra eleitoral, outra familiar, mais uma de caráter trabalhista, e assim por diante. Curiosa, portanto, a opção da reforma do Código Penal, em adotar uma dignidade adjetivada, quer dizer, *uma determinada dignidade*, fracionando o conceito. Quem é sexual ou familiarmente indigno é simplesmente indigno- total e não parcialmente indigno. MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes Contra a Dignidade Sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p.36-37

¹³⁹ FÜHRER, *op. cit.*, p. 133.

Qualquer indivíduo tem o direito à liberdade de escolha de seus parceiros sexuais, “daí por que somente merece atenção da lei penal “a sexualidade exercida com coerção ou explorada”.¹⁴⁰

Ao optar pela expressão *Dos crimes contra a Dignidade Sexual*, evidente que a intenção do legislador a partir da lei 12.015, é proteger antes de qualquer coisa a dignidade da pessoa humana.

Mudou-se, portanto, o foco da proteção jurídica. Não se tem em vista, agora, em primeiro plano, a moral média da sociedade, o resguardo dos bons costumes, isto é, o interesse de terceiros, como bem mais relevante a ser protegido, mas a tutela da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual¹⁴¹.

Não poderia o diploma penal pátrio continuar atrelado a conceitos morais que já caíram em desuso e distanciados dos valores da atual Carta Magna. Nesse diapasão Santana:

A nova nomenclatura do Título supracitado não conta mais como os chamados “costumes”, pois estes remetiam o intérprete à idéia de defesa da forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente na sociedade. Mais importante do que a defesa do indivíduo, estava o que socialmente se admitia dele e para ele. O foco dos juristas não era, destarte, a proteção da dignidade humana, como preceitua o art. 1º, III, da Constituição de 1988.

O legislador ao escolher a expressão “crimes contra a dignidade sexual”, harmonizou a norma penal à Carta Magna e à realidade dos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais elencados naquela parte do Código. Albergou-se com isso, a tutela da liberdade e do desenvolvimento sexual de cada pessoa humana.¹⁴²

No mesmo sentido Martinelli:

O contexto histórico em que o Código Penal foi redigido permitia prevalecer a valoração moral sobre a dignidade da vítima. Na atual ordem jurídica, amparada pelos valores constitucionais e pelos tratados internacionais de direitos humanos, a questão do bem jurídico há muito deveria ter sido revista. Deve-se considerar que o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana está consolidado tanto na

¹⁴⁰FRANCO, Alberto Silva; SILVA Tadeu. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.1018.

¹⁴¹ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p.20.

¹⁴²SANTANA, Aline Guimarães Matos de. Da defesa dos costumes à proteção da dignidade sexual. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7115>. Acesso em 24 de agosto 2016.

Constituição Federal quanto nos tratados e, por isso, sobrepõe-se aos demais valores, como os “bons costumes”.¹⁴³

Marcão e Gentil também destacam que com a alteração do bem jurídico tutelado, - Dignidade Sexual-, o Código Penal passa a se harmonizar com o texto constitucional de 1988.

Ao incluir os crimes sexuais num título denominado *Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*, parece inegável que os legisladores da reforma penal de 2009 quiseram sinalizar uma diferente objetividade jurídica desses delitos. Ao situá-los no âmbito da dignidade, remeteram o intérprete a um fundamento da república, inscrito logo no art. 1º da Constituição Federal. Importa, assim, ao intérprete da lei penal conhecer o perfil dessa categoria jurídica para melhor compreender o sentido da localização espacial dos crimes sexuais num título com tal nomenclatura.¹⁴⁴

Assim, o Código Penal convergiu à orientação normativa do texto constitucional e firmou a proteção da dignidade humana como norte na aplicação das normas penais sobre o comportamento sexual.

Para Estefam, a partir do momento que o Código Penal passa a tutelar a Dignidade Sexual, “fica claro que busca garantir a dignidade da pessoa humana (CF, Art. 1, III), a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo de exploração, a intangibilidade ou indenidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo.”¹⁴⁵

Greco e Rassi destacam que quanto ao bem jurídico a principal modificação efetuada pela Lei 12.015/2009 foi justamente a substituição da nomenclatura e que tal alteração “aproxima o Direito Penal dos padrões contemporâneos de *moralidade política* vigentes nas democracias liberais, cuja normatividade se baseia em dois pontos principais: a ampliação das esferas de autonomia e de liberdade individuais, por um lado, e o aumento da tolerância entre os diversos grupos no convívio social, por outro.”¹⁴⁶

Assim percebe-se que a alteração da nomenclatura do Título VI da parte especial do Código Penal, não trata simplesmente de uma mudança de nome e sim que provoca a tutela de um bem jurídico mais amplo, - Dignidade Sexual -, em consonância com a sociedade atual e com o modelo de Estado adotado a partir da Constituição Federal de 1988, o Estado

¹⁴³ MARTINELLI, *Op. cit.* p. 9

¹⁴⁴ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *op. cit.* p.31.

¹⁴⁵ ESTEFAM, *Op. cit.*, p. 19

¹⁴⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *op.cit.*, p.66.

Democrático de Direito. Representa não apenas uma troca de rótulos, mas um novo olhar e significado sobre a natureza dos crimes sexuais, deslocando-se do âmbito público (moralidade pública), para o particular (indivíduo).

1.3.2.3. O Significado de Dignidade Sexual

Não há dúvidas que a dignidade sexual é corolário do princípio da dignidade humana. Mas resta ainda, compreender o significado de dignidade sexual nos crimes sexuais e para isso, passa-se as definições trazidas pela doutrina.

Para Martinelli, o novo bem jurídico Dignidade Sexual é:

o direito da pessoa de escolher, consciente e voluntariamente, suas condutas sexuais. Englobam-se as outras pessoas com quem se deseja relacionar, o lugar, o tempo e os procedimentos. Desde que a dignidade dos demais seja também respeitada, cada um pode exercer sua sexualidade como bem entender. Considera-se, assim, a individualidade de cada um, suas aspirações e vontades, abandonando-se os valores meramente imorais.¹⁴⁷

Para Greco e Rassi o direito penal deve tutelar de forma diversa quando se trata de comportamentos sexuais no âmbito privado, - com liberdade e tolerância -, e de outra forma, quando se trata de manifestações sexuais em espaço público, e, portanto:

Nesse sentido deve ser entendida a dignidade sexual, especificidade da dignidade da pessoa humana, identificável em dois planos distintos: a dignidade individual, ligada ao exercício de sua autodeterminação de vontade sobre a manifestação de sua própria sexualidade e, em outro plano, numa dignidade social (sexual), no sentido do direito ao exercício de coexistência que implica no regime em que há na sociedade um consenso sobre a publicidade da conduta social.¹⁴⁸

O termo dignidade associado ao termo sexual busca a satisfação dos desejos sexuais, e todos possuem inclusive, constitucionalmente reconhecidos, o direito à intimidade, à vida privada e à honra conforme o art. 5º, inc X da Constituição Federal.

Para Nucci a dignidade sexual:

¹⁴⁷ MARTINELLI, *Op. cit.*, p. 11

¹⁴⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *op.cit.*, p. 68.

[...] liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer respeito interferência estatal da sociedade. [...]

Respeitar a dignidade sexual significa tolerar a realização da sensualidade da pessoa adulta, maior de 18 anos, sem obstáculos ou entraves, desde que se faça sem violência ou grave ameaça a terceiros.”¹⁴⁹

Logo, o que deve interessar ao direito penal são as atividades sexuais realizadas sem o consentimento da pessoa: com uso de violência física ou grave ameaça, que se prevalecem da inexperiência sexual da vítima como no caso dos menores de 14 anos, pessoas portadoras de deficiência ou doença mental ou que por algum motivo não podem oferecer resistência. Foram justamente essas situações que mereceram uma especial atenção do legislador que criou um novo tipo penal: estupro de vítima vulnerável (art. 217-A) que será analisado no momento oportuno.

Portanto, o novo Título penal dos Crimes Contra a Dignidade Sexual trouxe uma alteração positiva, pois “a tutela da dignidade sexual, no caso, está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra a sua personalidade.”¹⁵⁰

“Assim, ao tutelar a dignidade sexual, protege-se um dos vários aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana, aquele que se relaciona com o sadio desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada indivíduo de vivenciá-la a salvo de todas as formas de corrupção, violência e exploração.”¹⁵¹

Finalmente, cumpre ressaltar que a modificação na proteção jurídica do Título VI não excluiu totalmente, a proteção dos bons costumes ou da moralidade sexual. “Manteve, o legislador, no Capítulo VI, os crimes que configuram formas de ultraje público ao pudor (arts.233 e 234) Esses dispositivos permanecem tutelando a moralidade pública e os costumes.”¹⁵²

Na mesma direção, como bem assevera Marcão e Gentil:

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.42-43.

¹⁵⁰ CAPEZ, Fernando. *op. cit.*, p.22.

¹⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, vol. 2: parte especial, arts 121 a 234-B do CP. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.402-403.

¹⁵² MIRABETE; FABBRINI. *op. cit.* p. 403.

Por mais que tenha havido uma flexibilização dos costumes, que não necessariamente significa liberalização [...] aquelas condutas listadas como crimes contra a dignidade sexual inequivocadamente configuram agressão aos costumes socialmente vigentes, tanto antes como agora. Uma violação sexual mediante fraude, um ato libidinoso praticado contra alienado mental incapaz de consentir, ou um estupro não são hábitos socialmente aceitos, representando, portanto, afronta aos *costumes*.¹⁵³

Nesse diapasão, Capez:

Desse modo, o que se tutela é a dignidade da pessoa humana, sob aspecto sexual, e os direitos a ela inerente, como a sua liberdade, sua integridade física, sua vida ou a sua honra etc. Ao lado disso, busca-se a proteção também da moralidade pública sexual, cujos padrões devem pautar a conduta dos indivíduos, de molde a que outros valores de grande valia para o Estado não sejam sobrepujados.¹⁵⁴

Difícilmente na tutela dos comportamentos sexuais não haverá um mínimo de proteção da moral e realmente, não foi desejo do legislador excluir da proteção penal os crimes de ultraje ao pudor público.

Conegundes critica a manutenção da tutela da moral, de “um padrão nos comportamentos sexuais”, pois o legislador ao utilizar a denominação dignidade sexual deveria ter excluído do Código Penal a tipificação de meros “padrões de comportamento sexual”,¹⁵⁵ que violam apenas os costumes e não a autodeterminação sexual:

¹⁵³ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *op. cit.*, p.35.

¹⁵⁴ CAPEZ, Fernando. *op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁵ Para a referida autora com exceção dos crimes de estupro, posse sexual mediante fraude, estupro de vulnerável e tráfico de pessoas menores, doentes mentais ou impossibilitadas de oferecer resistência, ou ainda mediante violência, grave ameaça ou fraude, onde o bem jurídico tutelado é a autodeterminação sexual que está relacionada com a dignidade humana; todos os demais crimes tipificados no Título VI, quais sejam, os artigos 216-A (assédio sexual), 218- A (satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente), 227 (mediação para satisfação da lascívia de outrem), 228 (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual), 229 (casa de prostituição), 230 (rufianismo), 231, caput (tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, consistente em “promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro), 231-A (tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, igualmente consistente em “promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual), 233 (ato obsceno) e 234 (escrito ou objeto obsceno), percebe-se que os mesmos tutelam “padrões morais de comportamento”, há simplesmente tutela de padrões morais, os quais, não devem ser alvo da proteção penal. CONEGUNDES, Karina Romualdo. A DIGNIDADE SEXUAL À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGdir/UFRGS, Edição Digital. Porto Alegre. Volume X, Número 1, 2015, p.171 -189. In: <http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/54575/34746>

Em um primeiro momento, pareceu-nos que o legislador havia percebido que nesses crimes o bem jurídico atingido não eram os costumes e sim a própria dignidade da vítima, deixando, por isso, o título de tutelar a moral sexual ou um modelo de moralidade, para abarcar a dignidade da pessoa humana, em seu sentido mais íntimo, isto é a dignidade sexual. Entretanto, diante de uma melhor análise da teoria do bem jurídico, algumas impropriedades passaram a ser percebidas, uma vez que, com a expressão “dignidade sexual”, continua o legislador, embora sob nova rubrica, a tutelar um “padrão de comportamento sexual”, apontando, em relação a alguns tipos penais do título, bem jurídico diverso daquele protegido pela descrição típica, violando, ainda, os limites traçados à intervenção estatal na seara penal.

[...]É exatamente nesse ponto que se inserem as críticas ao Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro. Mesmo após a reforma ocorrida em 2009, por meio da Lei nº 12.015, com a substituição da rubrica “costumes” pela “dignidade sexual”, continua o legislador, em vários tipos penais previstos, protegendo “padrões morais de comportamento sexual”, violando, assim, os limites impostos à intervenção estatal. Até mesmo porque tais condutas poderiam ser objeto de proteção satisfatória pelos demais ramos do Direito, havendo, portanto, ofensa aos princípios da Intervenção Mínima, Lesividade e Subsidiariedade¹⁵⁶

Brodt vai além e critica a escolha do legislador pela expressão dignidade sexual, que além de possuir um conteúdo controverso, deveria tutelar somente a autodeterminação sexual.

A alusão à “dignidade sexual” parece-nos, entretanto, também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5º, X, da CF/1988, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego da coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou déficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. Ademais, a própria expressão “dignidade da pessoa humana”, que estaria a dar suporte à “dignidade sexual”, apresenta conteúdo bastante controverso, o que pode acarretar sérios inconvenientes em matéria de segurança jurídica.¹⁵⁷

¹⁵⁶ CONEGUNDES, Karina Romualdo. A DIGNIDADE SEXUAL À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGdir/UFRGS, Edição Digital. Porto Alegre. Volume X, Número 1, 2015, p.179 In: <http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/54575/34746>

¹⁵⁷BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Ano7, N. 13, jul-dez , p.170-193.São Paulo:RT, 2010, p.171.

No mesmo sentido, Faria e Vianna colocam a dificuldade em definir um bem jurídico tão amplo como a dignidade sexual:

A própria palavra dignidade já apresenta histórico de imensa definição, quando utilizada como um direito humano. Associada à sexualidade, a compreensão da palavra se torna mais difícil de obter, sem que seja feito um juízo valorativo que passe que passe pela moral ou religião. Embora possa ser compreendida como o meio para prover as condições adequadas para o bom desenvolvimento da sexualidade, a utilização do termo ‘dignidade’ também pode levar ao entendimento de que determinadas condutas sejam ‘certas’ ou ‘erradas’, justamente pela confusão valorativa feita com a palavra digna ¹⁵⁸

Embora respeite-se a posição dos ilustres autores, entende-se que o critério proposto por Greco e Rassi na identificação do bem jurídico protegido é o mais adequado. Para os autores, “na limitação do conteúdo do direito penal sexual, deve-se identificar a proteção da moral, para depois identificar o conteúdo preponderante de proteção a cada figura criminosa de conotação sexual. Identificado o bem jurídico preponderante, também o estará aquele secundário ou periférico” ¹⁵⁹.

Merece destaque a explicação de Greco e Rassi:

Retornando à nova denominação do Título VI, mais um esclarecimento se faz necessário. É certo que a definição do bem jurídico tutelado no plano legislativo é uma indicação interpretativa relevante, porque provoca repercussões sistemáticas e os efeitos nos tipos penais dos capítulos em que estão inseridos os tipos. Mas ela não esgota ou encerra o debate sobre sua identificação.

Para tanto, adota-se o critério sustentado por GRECO FILHO de que toda classificação, tendo em vista o bem jurídico tutelado, passa por dois obstáculos: o primeiro, de que há um inter-relacionamento dos bens jurídicos e, o segundo, no caso de crimes pluriativos, optar pelo bem jurídico preponderante.

Não é de nenhuma utilidade, assim promover a redução radical de todos os bens jurídicos a um único bem, como por exemplo, a liberdade sexual. Por isso, a opção terminológica utilizada pela Lei 12.015/2015 foi louvável, porque seu conteúdo semântico abrangente permite que dele se extraia o significado de outros bens jurídicos como, p.ex., a liberdade, a intimidade sexual etc. ¹⁶⁰

¹⁵⁸FARIA, Alécia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. *Moralidade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 118. Ano 24. p.15-54. São Paulo: RT, jan-fev. 2016. p.41.

¹⁵⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *op.cit.*, p. 41.

¹⁶⁰ Idem, p. 70.

A dignidade sexual atua como um macro bem jurídico, pois, devido ao seu conteúdo semântico abrangente se extrai outros bens jurídicos. “Dignidade sexual deve ser entendida como um macro bem jurídico, geral e amplo, subdividido em liberdade sexual, liberdade sexual dos vulneráveis, exploração sexual e o pudor público.”¹⁶¹

Partindo-se, portanto do presuposto que a Dignidade sexual consiste em um macro bem jurídico, deve ser considerada na análise dos tipos penais que compõem o Título VI, através da interpretação teleológica, será possível identificar a finalidade da norma realizando-se uma apreciação sistêmica para desvendar a proteção legal que se apresenta em cada figura típica.

No próximo capítulo será abordada a tutela penal da dignidade sexual das crianças, adolescentes e vulneráveis, apontando-se a posituação dos crimes sexuais contra estes na legislação penal brasileira.

¹⁶¹MONTEIRO, André Vinícius. Vulnerabilidade: Análise de um novo paradigma para os crimes sexuais. Revista Jurídica EMSP-SP, v.5, 2014, p. 77

CAPITULO II

TUTELA PENAL DA DIGNIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS, ADOLESCENTES E VULNERÁVEIS.

2.1. A Tutela Penal na Legislação Brasileira

A preocupação da sociedade brasileira com a violência sexual contra crianças e adolescentes, fez com que essa se mobilizasse fortemente em todo o país e diante, disso, o Congresso Nacional também teve que se movimentar.

Em março de 2003, foi elaborado um requerimento para a criação de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI)¹⁶², -Da Exploração Sexual- com a finalidade de

¹⁶² No Título IV – Da Organização dos Poderes da Constituição Federal do Brasil, no capítulo I, Seção VII – DAS COMISSÕES prevê a constituição de Comissões Parlamentares de Inquéritos O artigo 58 da Constituição Federal prevê a criação de comissões de inquérito pelo Senado e pela Câmara, junto (Comissão Parlamentar Mista de Inquéritos) ou separadamente (Comissão Parlamentar de Inquérito). É o instrumento constitucional utilizado por deputados federais e senadores para apurar fato relevante à vida pública e à ordem legal, econômica e social do país. Normalmente, somente em casos de grande comoção nacional é que se propõe a criação de uma comissão mista, como foi o caso da CPMI com a finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. O pedido de instauração de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito pode ser feito por qualquer senador ou deputado federal, desde que obtenha no mínimo um terço de assinaturas no Senado e Câmara dos Deputados. No caso, 27 assinaturas dos 81 senadores, e 171 assinaturas dos 513 deputados federais.

Seção VII- DAS COMISSÕES

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II - realizar audiências pública

s com entidades da sociedade civil;

III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, Requerimento Nº 02, de 2003, que foi assinado pela Deputada Maria do Rosário, pela Senadora Patrícia Saboya Gomes e pela Senadora Serys Marly Silhessaenko.

Na justificativa apresentada para constituir esta CPMI incluíam-se as seguintes reflexões:

A exploração sexual é uma das violações mais cruéis contra crianças e adolescentes. Ela compromete o desenvolvimento da criança, produzindo efeitos e marcas que se mantêm presentes por toda a vida.

Trata-se de um fenômeno que exige para o seu enfrentamento um compromisso firme das autoridades públicas e de toda a sociedade. Efetivar este compromisso é o papel do Congresso Nacional.

A Pesquisa sobre o Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes - PESTRAF (2002) indica que o crime organizado no Brasil utiliza 241 rotas terrestres, marítimas e aéreas para levar mulheres, jovens e crianças brasileiras para o exterior. Impõe-se, por conseguinte, que o Congresso Nacional tome a iniciativa, neste novo momento para o Brasil, de instituir uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para investigar os processos de organização das redes de exploração sexual, identificando as causas da impunidade destas organizações criminosas, além de mobilizar sociedade e governo em todas as esferas para a construção de redes de proteção às crianças e adolescentes.¹⁶³

Do resultado dessa Comissão Parlamentar Mista de Inquérito derivou o Projeto de Lei do Senado Federal, número 253 de 2004, que na Câmara dos Deputados, tramitou sob a forma de projeto de Lei 4.850/2005, que após seu retorno ao Senado Federal culminou com a edição da Lei 12.015/2009, que altera o Título VI (Dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal.

Portanto, a Lei 12.015 é fruto da preocupação da sociedade civil, do Congresso Nacional com a exploração sexual e a violência sexual¹⁶⁴ que crianças e adolescentes sofriam

§ 4º Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária
BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05.09.2016.

¹⁶³BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Projeto de Lei do Senado Federal n. 253/2004. p.6. Brasília, julho de 2004. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=56335&tp=1>. Acesso em 05.09.2016.

¹⁶⁴ Para Eva Faleiros e Vicente Faleiros: “A violência contra crianças e adolescentes é praticada de várias maneiras, por diferentes autores/atores e em distintos lugares. A classificação mais usual das geralmente

e sofrem no país, pois devido às grandes desigualdades sociais, econômicas e até mesmo culturais, (uma vez que o Brasil é continental e possui vários Brasis dentro do Brasil), infelizmente nossa nação tornou-se um país para o turismo sexual erota de tráfico. Infelizmente, também onde milhares de crianças e adolescentes sofrem violência, abusos sexuais intra ou extra familiar. Logo, a Lei 12.015 nasceu da busca de proteger crianças, adolescentes e vulneráveis¹⁶⁵ dessa violência sexual.

A violência e exploração sexual de crianças adolescentes e vulneráveis é a violação dos direitos humanos desses, pois como bem coloca o relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Projeto de Lei do Senado Federal nº. 253/2004:

Fere sua dignidade, impedindo-os de ter acesso a direitos específicos que lhe são reconhecidos, como o direito à saúde, educação, lazer, dignidade, respeito, liberdade, cultura, convivência familiar e comunitária. A violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes os coloca como seres aos quais se nega a própria condição humana. Trata-se de uma submissão de tal ordem que se revela como uma forma de escravidão. A infância e a adolescência lhe são roubadas de maneira cruel, deixando chagas no corpo e na alma que persistirão pelo resto de suas vidas.

A exploração sexual de crianças e adolescentes aparece tanto em cidades grandes, como em longínquos e pequenos municípios, ganhando contornos diversos e contando com a ação organizada de redes que reduzem meninas e meninos à condição de mercadoria, sem valor outro que o de uso, tratados como objeto para dar prazer ao adulto. É um problema de múltiplas dimensões, que passa pela condição de vulnerabilidade das crianças que são submetidas a várias formas de exploração de seu corpo, desde a prostituição autônoma, passando pela tradicional, realizada em bordéis, pela exploração nas ruas e por redes criminosas.¹⁶⁶

denominadas formas de violência é: violência física, psicológica e sexual. Classifica-se a violência sexual em abuso sexual e exploração sexual comercial; o abuso sexual em intra e extra-familiar; a exploração sexual em prostituição, pornografia, turismo sexual e tráfico de pessoas para fins sexuais. Cabe ressaltar que, na análise de situações concretas, verifica-se que essas diferentes formas não são excludentes, mas sim cumulativas. Por exemplo, a violência sexual é também violência física e psicológica; a violência física sempre é também psicológica. Na exploração sexual comercial, encontram-se presentes, além da exploração econômica, as violências estrutural, física, psicológica, social e moral. Por fim, a violência simbólica estimula todas as formas de violência. FALEIROS, Vicente de Paula; FALEIROS, Eva Silveira. ESCOLA QUE PROTEGE: Enfrentando a violência contra crianças e adolescentes. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2007, edição eletrônica, p.31. In: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=638-vol-31-escqprotege-elet-pdf&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em 07.09.2016.

¹⁶⁵ O Conceito de Vulnerável será abordado no item 2.2.

¹⁶⁶BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Projeto de Lei do Senado Federal n. 253/2004. p.23-24.. Brasília, julho de 2004. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=56335&tp=1>. Acesso em 05.09.2016.

Diante de cenário tão triste e abjeto, a sociedade civil esperava uma resposta do Estado no combate dessas condutas reprováveis e criminosas, pois a violência sexual de crianças e adolescentes é algo muito grave e cruel, que marcará para sempre a vida dessas crianças e adolescentes. Muitas sentirão ódio, depressão, repulsa do próprio corpo, problemas psicológicos e comportamentais, algumas chegando até mesmo ao extremo de suicidar-se. Veja-se os ensinamentos de Faleiros:

A violência sexual contra crianças e adolescentes é inaceitável, além de ilegal. Ela fere a ética e transgride as regras sociais e familiares de convivência mútua e de responsabilidade dos adultos para com as crianças. Essa violência se contrapõe aos direitos humanos conquistados pela sociedade. Ela nega a dignidade do outro, do ponto de vista de sua integridade física e psicológica.

Violência sexual é o abuso delituoso de crianças e adolescentes, em especial de sua sexualidade, negando, inclusive, o direito das crianças e adolescentes a sua sexualidade em desenvolvimento. É considerada um crime na nossa legislação. O poder arbitrário do adulto agressor sobre as crianças e adolescentes desestrutura a identidade da pessoa vitimada, caracterizando-se como um comportamento perverso. Nessa forma de violência, se estabelece uma relação que:

- a) deturpa as relações sócio-afetivas e culturais entre adultos e crianças/adolescentes ao transformá-las em relações genitalizadas, erotizadas, comerciais, violentas e criminosas;
- b) confunde, nas crianças e adolescentes violentados, os papéis dos adultos, descaracterizando as representações sociais de pai, irmão, avô, tio, professor, religioso, profissional, empregador, quando violentadores sexuais; perde-se a legitimidade da autoridade do adulto e de seus papéis e funções sociais;
- c) inverte a natureza das relações entre adultos e crianças/adolescentes definidas socialmente, tornando-as: desumanas em lugar de humanas; negligentes em lugar de protetoras; agressivas em lugar de afetivas; individualistas e narcisistas em lugar de solidárias; dominadoras em lugar de democráticas; controladoras em lugar de libertadoras; perversas em lugar de amorosas; desestruturadoras em lugar de socializadoras;
- d) estabelece, no ser violentado, estruturas psíquicas, morais e sociais deturpadas e desestruturantes, principalmente nos abusos sexuais de longa duração e na exploração sexual comercial;

A violência sexual pode acontecer de várias formas: através do contato físico, ou seja, por meio de carícias não desejadas, penetração oral, anal ou vaginal, com o pênis ou objetos, masturbação forçada, dentre outros; e sem contato físico, por

exposição obrigatória a material pornográfico, exibicionismo, uso de linguagem erotizada em situação inadequada.¹⁶⁷

As crianças e adolescentes são considerados pessoas ainda em desenvolvimento e por isso, merecem cuidados especiais, merecem a proteção integral da família, da sociedade e do Estado. Combater os abusos sexuais contra crianças e adolescentes deve ser uma prioridade, pois constitui uma violação a dignidade desses seres em formação, bem como uma grave transgressão dos direitos humanos.

O Estado Brasileiro reconheceu a importância da proteção das crianças e adolescentes, elevando o tema à norma constitucional. A Constituição Federal no Título VIII, que trata da Ordem Social, no capítulo VII que dispõe sobre “Da família, da criança, do adolescente e do idoso”, no seu artigo 227, *caput* e §4º reza:

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

§4º: A Lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (sem grifo no original)¹⁶⁸

Quando a norma constitucional do artigo 227 da Constituição diz que é um DEVER da família, da sociedade e do Estado proteger com absoluta prioridade seus direitos mínimos e básicos (fundamentais), menciona expressamente a dignidade, que engloba a dignidade sexual, o direito de crianças e adolescentes a um desenvolvimento sexual saudável. Nesse desiderato, menciona que as condutas que violem sua dignidade sexual serão severamente punidas.

Portanto, vê-se que o Brasil tem a preocupação em proteger integralmente crianças e adolescentes, que são pessoas ainda em desenvolvimento, mas reconhecidas como sujeitos de direitos. No plano internacional o Brasil ratificou em 1990 a Convenção das Nações Unidas

¹⁶⁷ FALEIROS, Vicente de Paula; FALEIROS, Eva Silveira. ESCOLA QUE PROTEGE: Enfrentando a violência contra crianças e adolescentes. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2007, edição eletrônica, p.38-39. Disponível: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=638-vol-31-escqprotege-elet-pdf&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em 07.09.2016.

¹⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

sobre os Direitos da Criança de 1989, que dispõe sobre todas as dimensões de direitos das crianças¹⁶⁹, colocando-as como sujeito de direitos, de acordo com a “doutrina da proteção integral”, em primeiro lugar. Destacando-se o art. 34, da Convenção que dispõe sobre o comprometimento dos Estados Partes em proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual.¹⁷⁰

No plano interno, o Brasil aprovou a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁷¹, que é um marco fundamental na proteção das crianças e adolescentes, pois se passa para um novo paradigma¹⁷² onde a criança e adolescente deixam de serem objetos e para tornarem-se sujeitos de direitos com enfoque na doutrina da proteção integral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente incorporou todos os princípios adotados pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, bem como regulamentou o art. 227 da Constituição Federal, e já no seu primeiro artigo¹⁷³ preconiza a proteção integral desses. O segundo artigo do Estatuto estabelece que: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei,

¹⁶⁹ A Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu art. 1 dispõe: Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

BRASIL. Decreto N 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 nov.. 1990. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 08.09.2016.

¹⁷⁰ Art. 34: Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

BRASIL. Decreto N 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 nov. 1990. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

¹⁷¹ O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA é um conjunto de normas que tem como objetivo a proteção integral da criança e do adolescente. A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, é o marco legal e regulatório dos direitos humanos de crianças e de adolescentes. Entre os principais objetivos da lei está o detalhamento sobre direitos e deveres das crianças e dos adolescentes, pais, gestores públicos, profissionais da saúde e conselhos tutelares. Além de estabelecer punições para maus tratos, o ECA contém políticas de atendimento e assistência e, inclui também, a responsabilidade penal do menor infrator, que receberá medidas de proteção e socioeducativas.

¹⁷² Antes do Estatuto da Criança e do Adolescente, tinha-se o chamado Código do Menor de 1979, que tinha como paradigma a chamada “doutrina da situação irregular”, o que significava patologia social, ou seja, uma doença, um estado de enfermidade e, também, estar fora das normas. Nessa perspectiva do Código, tinha-se um modelo assistencialista, hierárquico e centralizador em torno do Poder judiciário, que via a criança e o adolescente como objetos dos direitos dos adultos

¹⁷³ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 08.09.2016.

a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”¹⁷⁴.

Enfatiza-se ainda que o artigo terceiro e quarto¹⁷⁵ do referido Estatuto, preconiza com absoluta prioridade a efetivação de diversos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Vê-se, portanto, que a Magna Carta e o Estatuto da Criança e adolescente apresentam no nosso ordenamento jurídico normas de proteção as crianças e adolescentes. Entretanto, não fazem menção expressa à figura do vulnerável, sendo necessário a análise de outras fontes para compreender-se a criminalização de condutas contra pessoas vulneráveis.

A sociedade internacional e a ONU também se engajaram na luta contra a exploração sexual de crianças e adolescentes através da Convenção da Organização das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo¹⁷⁶, realizado em dezembro de 2000, na cidade de Palermo, Itália.

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças foi ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004

No artigo terceiro¹⁷⁷ do Protocolo de Palermo encontra-se a definição do tráfico de pessoas, que faz menção expressa à situação de vulnerabilidade de pessoas traficadas, o que

¹⁷⁴ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em 08.09.2016.

¹⁷⁵ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em 08.09.2016.

¹⁷⁶ A Convenção é complementada por três protocolos que abordam áreas específicas do crime organizado: o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições.

¹⁷⁷ Artigo 3: Definições: Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à **situação de vulnerabilidade** ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração

significa dizer que há crime se o consentimento das vítimas foi dado por uma pessoa em situação de vulnerabilidade”.

Castilho citando Heintz e Peterke esclarece que “a cláusula da letra “b” tem o efeito prático “de as vítimas de tráfico de pessoas serem, nos casos referidos, completamente liberadas da necessidade de comprovar que elas não consentiram com o tráfico”.¹⁷⁸

Conforme o item 4 do artigo 9 do Protocolo de Palermo¹⁷⁹, a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades são fatores que tornam as pessoas especialmente as mulheres e crianças vulneráveis ao tráfico. Dentre as desigualdades de oportunidades Castilho destaca as que ocorrem no acesso à educação, saúde, trabalho e lazer.

Portanto, o referido protocolo é muito importante ao direito penal ao mencionar a questão da vulnerabilidade como merecedora de especial atenção no combate ao tráfico de pessoas.

Com inspiração, nesse diploma internacional, a Lei 12.015, - que realizou alterações substanciais no Código Penal, no Título VI referente aos crimes contra a dignidade sexual -, utilizou pela primeira vez em uma lei penal brasileira a nomenclatura Vulnerável, ao criar o Capítulo II – Dos crimes Sexuais Contra Vulnerável.

da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;

d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

BRASIL, Decreto N 5.017 de 12 de Março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas em Especial Mulheres e Crianças. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 mar 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em 10.09.2016

¹⁷⁸ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Problematizando o Conceito de Vulnerabilidade para o Tráfico Internacional de Pessoas. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça Tráfico de Pessoas: Uma abordagem para os Direitos Humanos. ANJOS, Fernanda Alves dos [et.al] 1.ed. Brasília : Ministério da Justiça, 2013, p 136. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf Acesso 11.09.2016.

¹⁷⁹ Art. 9. Prevenção do tráfico de pessoas

4. Os Estados Partes tomarão ou reforçarão as medidas, inclusive mediante a cooperação bilateral ou multilateral, para reduzir os fatores como a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades que tornam as pessoas, especialmente as mulheres e as crianças, vulneráveis ao tráfico.

BRASIL, Decreto N 5.017 de 12 de Março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas em Especial Mulheres e Crianças. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 mar 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm Acesso em 10.09.2016

Alterou-se a redação da corrupção de menores; inseriu-se novos delitos como os delitos de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A), de favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou vulnerável (art. 218-B).

O direito penal brasileiro prevê a tutela dos crimes sexuais contra os vulneráveis no Código Penal e a proteção das crianças e adolescentes contra a pornografia e aliciamento no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). Sempre que um adulto abusar ou violentar sexualmente, crianças, adolescentes ou vulneráveis e sua conduta se adequar a um fato típico, ilícito e culpável, ofendendo a dignidade sexual desses, haverá um delito passível de punição pela norma penal, seja tipificado no Código Penal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tendo-se em conta o foco central da pesquisa, referente à tutela penal brasileira, é analisar se a vulnerabilidade do menor de 14 anos, à luz do debate doutrinário e jurisprudencial, possui um caráter absoluto ou relativo no delito de Estupro de vulnerável; apenas se realizará uma visão panorâmica dos crimes em espécie previstos na legislação penal brasileira que visam proteger a dignidade sexual de crianças, adolescentes e vulneráveis.

2.1.1. A Positivização dos Crimes Sexuais Contra Vulneráveis no Código Penal

Com o advento da Lei 12.015/2009, no Título VI do Código Penal Brasileiro, criou-se o Capítulo II- Dos Crimes Sexuais contra Vulneráveis, onde estão previstos tipos penais que tutelam os menores em diferentes faixas etárias.

O primeiro é o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A), abordado nos capítulos subsequentes.

No artigo 218¹⁸⁰, abriga o delito de **Mediação para satisfazer a lascívia de outrem com pessoa menor de 14 anos** ou também denominado Corrupção de Menores¹⁸¹. Pune-se a conduta de qualquer pessoa (sujeito ativo) que induzir (fazer nascer a ideia, convencer, persuadir), com ou sem promessa de alguma vantagem, pessoa menor de 14 anos (sujeito passivo) a satisfazer a lascívia de outrem. Portanto, o agente visa satisfazer a lascívia de

¹⁸⁰Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

¹⁸¹ Melhor não utilizar o *nomen juris* corrupção de menores para evitar-se confusão, a uma para diferenciar da antiga redação do texto anterior, a duas porque em substituição a revogada Lei n. 2.252/54 incluiu-se no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 244-B o novo delito de corrupção de menores.

terceiro e não a sua. Exige-se que o terceiro seja pessoa determinada, caso contrário caracteriza o art, 228 do CP.

Nesse crime importa mencionar que para a sua caracterização, o menor para satisfazer a lascívia de terceiro (por exemplo, fazer um striptease), em nenhuma hipótese pode praticar ato sexual efetivo (conjunção carnal ou outro ato libidinoso). Caso isso ocorrer, o terceiro que praticou o ato sexual com o menor responderá por estupro de vulnerável (art. 217-A) e o indutor responderá não mais por esse delito, mas sim como partícipe do estupro de vulnerável.

O elemento subjetivo é o dolo, não sendo necessário o fim específico de corromper. Quanto à consumação, prevalece o entendimento doutrinário de que trata-se de crime material, logo consuma-se no momento em que o ato é realizado pela vítima. Cabe a tentativa. O bem jurídico tutelado é a dignidade sexual e um desenvolvimento sexual saudável. A pena mínima prevista é de 2 anos e máxima de 5 anos.

A satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente encontra-se domiciliada no artigo 218-A do CP¹⁸², e consiste em duas formas de conduta: 1) qualquer pessoa pratica (realiza, faz) na presença de menor de 14 anos (sujeito passivo), conjunção carnal ou outro ato libidinoso (v.g, mostrar-lhe o pênis), para satisfazer lascívia própria ou de terceiro. 2) induzir (fazer nascer a idéia) o menor de 14 anos a presenciar (assistir) conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Em nenhuma das duas modalidades há o contato físico com o menor, limitando-se a presenciá-los, caso haja uma casual participação passa a caracterizar o estupro de vulnerável. A doutrina diverge sobre a necessidade ou não do menor estar fisicamente presente no local, isto é, de corpo presente. Nesse sentido, Bitencourt, em sentido contrário Greco que admite através da internet.

O elemento subjetivo é o dolo, e além desse, o especial fim de satisfazer a própria lascívia ou a de outrem. Consuma-se com a efetiva prática do ato sexual na presença de menor de 14 anos (crime material); e já na segunda modalidade do delito, com o efetivo induzimento, isto é, quando a vítima é convencida a presenciar o ato sexual. Aplica-se pena mínima de 2 anos e máxima de 4 anos.

¹⁸²Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Já no artigo 218-B do CP¹⁸³, com redação dada pela Lei n. 12.978/14 que acrescentou ao *nomen iuris*, a figura da criança e do adolescente, que agora passa a ter a seguinte denominação: **Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.**

O bem jurídico tutelado é a dignidade sexual. Diferentemente dos crimes anteriores que considera vulnerável o menor de 14 anos, este considera vulnerável o menor de 18 anos, além de quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Pune-se qualquer pessoa (sujeito ativo) que *submeter* (sujeitar, subjugar), *induzir* (convencer, fazer nascer a ideia) ou *atrair* pessoa menor de 18 anos e maior de 14 anos, enferma ou deficiente mental sem o necessário discernimento para a prática do ato ou; ainda, *facilitar* (tornar fácil, v. g. arrumar clientes); já nas duas últimas condutas (ao contrário das anteriores visam à inclusão nesse mundo), visa-se *impedir* (não deixar que desista, abandone) por exemplo, argumenta débitos a pagar; ou *dificultar* (criar empecilhos, obstáculos) que a vítima abandone a prostituição ou a exploração sexual. Essas duas últimas modalidades de conduta constituem crime permanente. Aplica-se pena mínima de 4 anos e máxima de 10 anos de reclusão.

Destaca-se que se a vítima for menor de 14 anos poderá configurar o estupro de vulnerável. Se for maior de 18 anos e mentalmente sã, o crime passa a ser o do artigo 228 do CP.

Pela expressão ou outra forma de exploração sexual, essa também deve ter caráter habitual, assim como a prostituição. Ademais não pode existir a prática do ato libidinoso (sem que haja efetivo contato físico), sob pena de configurar o art. 217-A. Dessa forma, podem-se consignar os seguintes exemplos: trabalhar em um disque-sexo, casas de *striptease*, realizar sexo por *webcams*, portanto, não há o contato físico.

O elemento subjetivo é o dolo, não se exige a finalidade de obter vantagem econômica, que se estiver presente aplica-se além da pena de 4 a 10 anos, a pena de multa,

¹⁸³Art. 218-B. *Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:*

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

conforme o § 1º. O tipo não faz menção aos meios empregados, assim se presente a violência física ou grave ameaça haverá concurso de crimes.

O delito se consuma quando a vítima se insere na prostituição, não sendo necessário o efetivo comércio carnal, basta, por exemplo, instalar-se num prostíbulo, freqüentar pontos de prostituição. Nas modalidades *impedir* ou *dificultar*, consuma-se após a vítima optar pelo abandono dessa atividade e o agente cria óbices e a mesma, portanto, continua a se prostituir ou ser explorada sexualmente.

No §2º tem-se as figuras equiparadas, que são uma inovação, aplicando-se as mesmas penas, a quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso (cliente) com menor de 18 anos e maior de 14 anos nas situações descritas no caput, ou seja, quando envolve a prostituição ou outra forma de exploração sexual (o § 2º, I). Salienta-se aqui duas situações: 1) a prática de ato sexual consensual com maior de 14 anos, que não é garoto(a) de programa ou explorado sexualmente é fato atípico; 2) a lacuna da lei, provavelmente por descuido do legislador, que deixou de elencar no referido inciso o enfermo ou doente mental prostituído ou explorado sexualmente.

E no inc. II do §2º, pune-se com a mesma pena o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. Bitencourt faz extensa crítica ao referido inciso que consagra responsabilidade penal objetiva. E por último, o §3º determina efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

E finalmente, oportuno referir que a Lei n. 12.978/14 alterou a lei de Crimes Hediondos (Lei. 8.072/90) incluindo no seu rol o delito em exame, tanto na modalidade simples (caput) assim como na forma qualificada.

Esses, portanto, são os crimes contra a dignidade sexual de vulnerável, em espécie, previstos no Código Penal Brasileiro que visam protegê-los.

2.1.2. A Positivção dos Crimes Sexuais no Estatuto da Criança e do Adolescente

Também estão previstos crimes sexuais, no Estatuto da Criança e do Adolescente, (ECA), Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, -no seu Título VII – Dos Crimes e das Infrações Administrativas, na Seção II dispõe sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, sem prejuízo do disposto na legislação penal. Trata-se aqui de Estatuto, que entre várias disposições, protege crianças e adolescentes contra o aliciamento e a pornografia infanto-

juvenil. Ressalta-se que a Lei 11.829 de 25/11/2008, alterou os artigos 240 e 241 e acrescentou os artigos 241-A a 241-E, “para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”¹⁸⁴. Passa-se a um breve esplanação dos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Filme pornográfico com criança ou adolescente

No artigo 240 do ECA¹⁸⁵, visa-se tutelar a integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, no que diz respeito à sua inviolabilidade (art. 17 do ECA), bem como a afetação da sua dignidade sexual, pois são pessoas em desenvolvimento.

Qualquer pessoa pode praticar o delito, (até mesmo a pessoa que contracenava com a vítima)¹⁸⁶ que consiste em produzir (elaborar, fazer), reproduzir, dirigir (comandar, administrar), fotografar, filmar ou registrar (por ou reter em memória, banco de dados), por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente (sujeito passivo).

Todas as condutas envolvem a criação de material pornográfico, Rossato, Lépoire e Sanches por uma questão técnica diferenciam cena de sexo explícito da cena de pornografia: “A primeira (cena de sexo explícito) pressupõe contato físico entre os personagens, enquanto a segunda (cena pornográfica) revela imagens que exprimem atos obscenos, não necessariamente mediante contato físico.”¹⁸⁷

¹⁸⁴ BRASIL. LEI Nº 11.829, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2008. Altera a Lei nº8. 069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11829.htm Acesso em 10.09.2016.

¹⁸⁵Art. 240. *Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:*

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com essas contracenava.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

¹⁸⁶ Nesse sentido, Ver: LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 303.

¹⁸⁷ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPOIRE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentato artigo por artigo. 6ed. ver.. atual e ampl. São Paulo: RT, 2014. p 578 (nota de rodapé).

Ishida ainda ressalta a interpretação extensiva da cena de sexo explícito ou pornográfica:

A criança ou adolescente não precisa só estar nua, mas pode estar, p. ex. com as vestes íntimas [...] terá incidência não só no caso de fotografias de crianças desnudas, **mas também nos casos em que a nudez não é expressa**, como no caso presente em que as crianças foram fotografadas de calcinha e **EM POSIÇÕES QUE EVIDENCIAM A FINALIDADE SEXUAL**.¹⁸⁸

Se mais de uma conduta for praticada num mesmo contexto fático há crime único e não concurso de crimes. Trata-se de um tipo misto alternativo. O crime é punido a título de dolo, não se exigindo fim especial de agir.

Ressalta-se que com a redação atual (dada pela Lei 11.829/2008), houve significativa elevação da sanção penal que passou da pena mínima de 2 anos para 4 anos, e pena máxima de 6 anos para 8 anos, mantendo a cumulação de multa.

No parágrafo primeiro encontram-se as figuras equiparadas, que prevêm as mesmas penas para quem agencia, facilita, recruta, coage ou de qualquer modo intermedeia, e contracena a participação da criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica. “Com exceção da conduta de contracenar, o legislador pune o ato preparatório antecedente ao ato de produção, tornando-o conduta típica.”¹⁸⁹ Portanto, no caput trata-se daqueles que elaboram o material pornográfico, enquanto aqui trata-se dos que a promovem indiretamente.

No parágrafo segundo encontram-se as causas de aumento de pena, que prevê um aumento de 1/3 se o crime é cometido no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercer o cargo, emprego ou função pública; se é praticado pelo agente prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade; ou prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor (professor encarregado da educação em casa), empregador da vítima ou de quem, a qualquer título, tenha autoridade sobre a vítima, ou ainda que tenha seu consentimento.

Oportuno mencionar, que se a vítima for menor de 14 anos e efetivamente participar da cena pornográfica ou de sexo explícito, haverá concurso de crime com o estupro de vulnerável (art. 217-A) do CP.

¹⁸⁸ ISHIDA, Válter Kenji Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.610-611.

¹⁸⁹ ISHIDA, *op.cit.*, p. 613.

Trata-se de um crime comum, formal, de forma livre, de perigo abstrato, comissivo, instantâneo e plurissubsistente.

Venda de foto pornográfica envolvendo criança ou adolescente

No artigo 241 do ECA¹⁹⁰ pune-se qualquer pessoa (sujeito ativo) que vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro (objeto material) que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (sujeito passivo). Tutela-se a integridade psíquica e moral da criança e do adolescente. A pena mínima prevista é de 4 anos e máxima de 8 anos e multa.

Divulgação de foto pornográfica de criança ou adolescente pela Internet

A Lei 11.829 de 25 de novembro de 2008, incluiu no Estatuto da Criança e do Adolescente o artigo 241-A¹⁹¹ que passa a considerar criminosa a conduta de qualquer pessoa (sujeito ativo) que oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar (tornar público) os seguintes objetos materiais: fotografias, vídeos ou outro registro (ex: um quadro, uma radiografia ou outro meio) que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica de criança ou adolescente. Além de essas figurarem como sujeito passivo, também toda a coletividade interessada na preservação da dignidade e intimidade sexual destas.

A grande novidade diz respeito ao meio empregado, que além de abranger revistas, jornais, cartazes, abrange o sistema de informática¹⁹² ou telemático que possibilitam a

¹⁹⁰Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

¹⁹¹Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.

¹⁹² Conforme ISHIDA: Informática é o conjunto de conhecimentos e técnicas ligadas ao tratamento racional e automático de informação (armazenamento, análise, organização e transmissão), o qual se encontra associado à utilização de computadores e respectivos programas. Telemática é o conjunto de tecnologias da informação e da

comunicação de grandes quantidades de dados (foto, texto, imagem, som) em frações de minutos entre os usuários de qualquer parte do planeta do World Wide Web, que significa rede de alcance mundial, em português, popularmente Internet.

O bem jurídico tutelado é a integridade moral da criança e do adolescente, sua dignidade sexual e sua honra objetiva. A prática de mais de uma conduta num mesmo contexto fático, configura crime único. O elemento subjetivo é o dolo, sem exigência de um especial fim de agir. A pena mínima é de 3 anos e máxima de 6 anos e multa.

Nas mesmas penas incorrem, conforme §1º, inc. I quem: assegurar (garantir, proporcionar) os meios para o armazenamento dos objetos materiais do *caput*, portanto, o sujeito ativo é pessoa física; e o inciso II abrange a pessoa física representante do site que assegura o acesso por rede de computadores de tais objetos materiais descritos no *caput*. Há consumação de ambas as figuras equiparadas com a simples garantia do meio, ou seja, “havendo possibilidade de acesso dos internautas, o crime está consumado, dispensando que um destes tenha efetivamente acessado as imagens.”¹⁹³

Tem-se no §2º, uma condição objetiva de punibilidade, isto é, em que pese o crime já tenha se consumado, o legislador deu uma oportunidade para que o responsável, representante legal do site, após oficialmente notificado, retire o acesso de material pornográfico no prazo determinado. Portanto, as condutas previstas no §2º, inc. I e II somente serão punidas quando o responsável pela prestação de serviço, após o prazo da notificação, não desabilitar o acesso ao material pornográfico.

Registre ainda, que com a liberalização da conduta sexual do adolescente com idade igual ou superior a 14 anos, caso alguém faça, por exemplo, uma filmagem com seu aparelho celular de seu relacionamento sexual com um adolescente de 15 anos e posteriormente disponibilize na internet, comete o presente delito.

Guarda de material pornográfico envolvendo criança ou adolescente

Também foi incluso o artigo 241-B¹⁹⁴, que tutela a integridade moral da criança e do adolescente, sua dignidade sexual e sua honra objetiva. O crime pode ser cometido por

comunicação resultante da junção entre os recursos das telecomunicações (telefonia, satélite, cabo, fibras ópticas etc)

¹⁹³ ISHIDA, *op, cit*, p. 617.

¹⁹⁴ Art. 241-B. *Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*

qualquer pessoa que adquirir (comprar), possuir (ter em seu poder) ou armazenar (guardar, ter em depósito), por qualquer meio, os seguintes objetos materiais: fotografia, vídeo ou outra forma de registro; que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (sujeitos passivos).

Trata-se de *novatio legis* incriminadora que conforme Campana:

A introdução da nova figura típica é salutar. O possuidor e o adquirente do material pornográfico infantojuvenil alimentam todo um encadeamento de crimes, da produção das cenas de sexo explícito e pornográficas que envolvem criança ou adolescente, passando pela sua oferta, comercialização e difusão. Punindo-os, procura-se desestimular a prática destes delitos.¹⁹⁵

A conduta é punida a título de dolo, não se exige nenhum fim específico. Consuma-se com a aquisição, posse ou armazenamento, por qualquer meio de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica. A pena é de reclusão de 1 a 4 anos e multa.

O §1º, estabelece uma causa de diminuição de pena de 1/3 a 2/3 se for pequena a quantidade de material adquirida, na posse ou armazenada pelo agente. “Afasta-se assim, a possibilidade de acolhimento do denominado princípio da insignificância para exclusão da tipicidade, eis que a posse de apenas uma foto, vídeo ou registro de cena acarreta potencialidade lesiva relevante aos bens jurídicos tutelados.”¹⁹⁶ Portanto, a conduta não é atípica.

Já no §2º, estabelece a lei causas excludentes de tipicidade ao afirmar que *não há crime* se a posse e o armazenamento (a conduta adquirir não foi incluída como excludente) do

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I – agente público no exercício de suas funções;

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.

¹⁹⁵ CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. Comentário aos artigos 241-A a 241- E do ECA In: CURY, Munir. (coord.) Estatuto da Criança e do adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.1129.

¹⁹⁶ CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. *op.cit.*, p. 1130.

material tem como finalidade comunicar às autoridades competentes os crimes acontecidos dos arts. 241, 241, 241-A e 241-C do ECA, desde que a notícia do crime seja feita por inc I- agente público no exercício das funções; inc. II- membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo (por ex.: ONGs com essas finalidades); e por representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário (inc. III). Essas pessoas referidas supra, deverão conforme §3º, manter sob sigilo o material ilícito referido.

Montagem de foto pornográfica de criança ou adolescente

Trata-se de outra *novatio legis* incriminadora, pois havia lacuna na lei no caso de montagem de foto ou imagem, o que passou a ser corriqueiro nos dias atuais através de programas como *photoshop*. Assim, o artigo 241-C¹⁹⁷ dispõe que qualquer pessoa (sujeito ativo) que simular (fingir, fazer simulacro, representar de forma semelhante, reproduzir de forma assemelhada) a participação de criança ou adolescente (sujeito passivo) em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração (falsificação, contrafação), montagem (ato ou efeito de montar), ou modificação (alteração, transformação) de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual.

Esse crime traz uma discussão, pois na verdade não há qualquer participação de criança ou adolescente, pois há uma simulação, tanto é que se a imagem for verdadeira o agente responderá pelo art. 241-B

Barreto observou debate ocorrido nos Estados Unidos a cerca da utilização de pessoas adultas (mas com compleição física de crianças ou adolescentes), em atos sexuais pornográficos, para perdurar o proveito no mercado erótico do público pedófilo, sem dessa forma, transgredir ao cuidado infantojuvenil.

¹⁹⁷Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma docaput deste artigo.

A argumentação principal existente no caso *Aschroft v. American Civil Liberties Union* versava em torno de que o Child Online Protection Act (COPA) violaria a liberdade de expressão de maneira frontal por não possibilitar determinadas ações que não envolveriam crianças e adolescentes reais. A argumentação que prosperou foi a que salvaguarda a liberdade de expressão, culminando na declaração de inconstitucionalidade do COPA. [...] a Suprema Corte encontrou uma solução que possibilitou, aos adultos potencialmente prejudicados, o exercício da eroticidade (desde que não envolvendo criança ou adolescente real).¹⁹⁸

O delito é cometido a título doloso, não requer especial fim de agir. Consuma-se com a simulação, através da adulteração, montagem ou modificação, independentemente de dano à integridade moral da vítima. Admite-se a tentativa. Para Ishida mesmo tratando-se de simulação gorsseira, perceptível que não se trata verdadeiramente de participação de criança ou adolescente, configura o crime, uma vez que atinge a integridade moral e psíquica da criança ou adolescente. Quanto a pena aplica-se reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

No parágrafo único são equiparadas as condutas de vender, expor à venda, disponibilizar, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, assim como adquirir, possuir ou armazenar o simulacro do material pornográfico infanto-juvenil. “Pune o legislador o pedófilo de Internet que busca nos mais variados sites de pedofilia infantil, fotos ou registros de montagem de imagens de criança ou adolescente”¹⁹⁹.

Aliciamento ou assédio à criança

O delito sediado no artigo 241-D²⁰⁰, punem-se as ações de qualquer pessoa (sujeito ativo) que *aliciar* (seduzir, atrair a criança com promessas enganosas), *assediar* (importunar, molestar, perseguir de forma insistente), *instigar* (fazer nascer a idéia, incitar) ou

¹⁹⁸ BARRETO, *op. cit.*, p. 147-148. Ver também YALE. Journal of Internacional Law. Vol. 33 Issue 2, Article 2. Obscenity and Community Standards. P. 321 e segs. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1343&context=yjil>. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

¹⁹⁹ ISHIDA, *op. cit.*, p. 625.

²⁰⁰ Art. 241-D. *Aliciar, assediar, instigar ou constringer, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:*

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas nocabutdeste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

contranger(forçar, compelir) por qualquer meio de comunicação (verbal, inclusive internet), *criança com o fim de com ela praticar ato libidinoso*.

Destaca-se que o legislador no presente delito, faz referência apenas à criança (pessoa com até 12 anos incompletos, logo até 11 anos 11 meses e 29 dias), excluindo da tutela penal os adolescentes (pessoa entre 12 anos e 18 anos). A justificativa seria em razão do maior discernimento que o adolescente possui para evitar tais condutas.

Coaduna-se com o entendimento de Ishida, de que foi uma displicência do legislador excluir o adolescente:

Entendeu o legislador que o adolescente consegue ter maior discernimento para não se submeter ao assédio de pedófilo. Não é o que entendemos. Os adolescentes, pela incompleta capacidade de entendimento, podem ser vítimas do assédio de pedófilos. Nesse caso, andou mal o legislador ao excluir da proteção penal, o adolescente.²⁰¹

Além do dolo, exige-se a finalidade de praticar ato libidinoso (que abrange a conjunção carnal ou qualquer outro ato que satisfaça a libido). Trata-se de crime de perigo, que se consuma com o aliciamento, assédio, instigação ou constrangimento, dispensando a prática do ato libidinoso. No caso de aliciamento há necessidade de se atrair a criança ao agente, em que pese que mesmo não atraindo, já estará o agente assediando. Admite-se a tentativa. Pena mínima de reclusão de 1 ano e máxima de 3 anos e multa.

Equiparam-se no parágrafo único as condutas de facilitar (tornar mais fácil) ou induzir (fazer nascer a vontade) a criança ao acesso a material pornográfico ou com cenas de sexo explícito, também com a finalidade de com ela praticar ato libidinoso (inc. I); e pratica as condutas descritas no *caput* com a finalidade de induzir (levar) a criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita (inc.II).

Ressalte-se que o meio empregado é qualquer meio de comunicação, logo não há a presença física da vítima (v.g. se mostra nua ou seminua pela webcam), caso a vítima (se menor de 14 anos) se exhiba na presença do agente ou coautores caracteriza-se estupro de vulnerável, desde que tenha havido contato físico.

²⁰¹ ISHIDA, *op. cit.*, p. 626.

E tem-se ainda uma norma explicativa²⁰², no artigo 241-E, que conceitua cena de sexo explícito e pornográfica. Cabe mencionar que ocorreu a revogação tácita do art. 244-A²⁰³, haja vista o artigo 218-B do Código Penal tratar da matéria.

Esses são os crimes em espécie previstos na legislação penal brasileira, que buscam proteger crianças, adolescentes e vulneráveis contra qualquer tipo de abuso, agressão ou exploração sexual. “Assim, somente uma leitura da dignidade sexual atrelada à dignidade da pessoa humana permite considerar válida a atuação legislativa envolvendo os vulneráveis nos crimes contra a dignidade sexual”.²⁰⁴

Desta feita, percebe-se que o tratamento conferido as crianças, adolescentes e vulneráveis tanto nos crimes contra a Dignidade Sexual do Código Penal, assim como no ECA está atrelado ao princípio da dignidade humana, valor-fonte da Magna Carta brasileira bem como na inviolabilidade da integridade física e psíquica.

2.2. A determinação da Vulnerabilidade nos Crimes contra a Dignidade Sexual

Talvez, uma das questões mais delicadas da presente pesquisa, seja justamente identificar, determinar o conceito de vulnerável, pois embora o código utilize a expressão “vulnerável”, em nenhum momento traz a definição.

No dicionário da língua portuguesa o vocábulo vulnerável apresenta o seguinte teor: “ferido, sujeito a ser atacado, derrotado: frágil, prejudicado ou ofendido”.²⁰⁵

A vulnerabilidade é uma condição intrínseca do ser humano, sempre haverá uma situação em que se pode estar em fragilidade, por isso referindo-se a pessoas, pode ser entendida condição humana persistente. “Portanto, a Vulnerabilidade manifesta uma relação

²⁰²Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

²⁰³ Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual: Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no caput deste artigo.

§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (REVOGADO TACITAMENTE)

²⁰⁴ D’ELIA, Fabio Suardi. Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade. 2012. 355p. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012. p.69.

²⁰⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.1961.

assimétrica entre o fraco e o forte, o que demanda um compromisso eticamente adequado de o mais poderoso proteja o mais fraco.”²⁰⁶

A Vulnerabilidade é uma expressão utilizada no meio científico, em vários segmentos do saber, precipuamente no âmbito médico – relacionamento com o paciente, posteriormente na bioética, com o relatório Belmont, no âmbito das pesquisas biomédicas e experimentações com seres humanos. É no campo da bioética que se tornou mais difundida e utilizada em relação aos sujeitos de pesquisa, que se encontram, via de regra, em situação de vulnerabilidade. Para tanto, a Resolução 196, de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, órgão do Ministério da Saúde adota a seguinte definição:

II.28 - Vulnerabilidade - estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido.²⁰⁷

Atualmente, a vulnerabilidade já transita no campo jurídico como bem observa Giorgis:

A ideia de pessoa vulnerável transcendeu ao âmbito médico, invadiu outros campos do saber e hoje ilumina alguns ordenamentos jurídicos, como acontece nas relações de consumo ou familiares, os movimentos de proteção dos direitos fundamentais, as diferenças de gênero e sexo, setores onde tal hipossuficiência é fato freqüente, a vulnerabilidade de menores, mulheres e idosos em algumas pugnans forenses, onde surgem decisões pouco equânimes ante a fragilidade material do adversário, faz propugnar-se uma recomposição das forças no processo pela intervenção judicial e emprego da teoria da prova dinâmica.²⁰⁸

Entretanto, o foco será analisar o conceito de vulnerável à luz da legislação penal vigente, em particular no estupro de vulnerável. É a primeira vez que se utiliza a expressão vulnerável no ordenamento penal pátrio²⁰⁹, já tendo sido utilizado quanto aos delitos sexuais nos Códigos Penais da Espanha²¹⁰, Costa Rica²¹¹ e Venezuela.²¹²

²⁰⁶ GIORGIS, *op. cit.*, p.33.

²⁰⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Comissão Nacional de Ética Em Pesquisa. Resolução n. 196/1996. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf. Acesso em 10 de novembro de 2016.

²⁰⁸ GIORGIS, *op. cit.*, p.29

²⁰⁹ Mas já era utilizada em outros dispositivos legais, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor: Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a

Primeiramente, veja-se a etimologia de vulnerabilidade, é uma palavra de origem latina, derivando de *vulnus(eris)* que significa “ferida”, sendo irredutivelmente definida como suscetibilidade de ser ferido, significação etimológico-conceitual, originária e radical que se mantém em todas as evocações do termo, na linguagem corrente ou especializada.²¹³

Na legislação penal brasileira como mencionado alhures, o legislador não traz expressamente uma definição da vulnerabilidade, a sua conceituação é retirada do cotejamento dos artigos do Capítulo II- Dos Crimes contra Vulneráveis, com especial atenção aos artigos 217-A e 218-B do Código Penal. “O legislador utiliza o conceito de *vulnerabilidade* para diversos enfoques, em condições distintas, sem qualquer justificativa razoável. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que *há concepções distintas de vulnerabilidade*”²¹⁴.

Na verificação do conceito de vulnerável, pertinente a lição de Ferrajoli sobre a interpretação, significado e verificabilidade da norma penal.

Devem-se distinguir duas acepções distintas de significado de um signo: a *extensão* ou *denotação*, que consiste no conjunto dos objetos aos quais os o signo s aplica ou se refere; e a *intensão* ou *conotação*, que consiste no conjunto das propriedades evocadas pelo signo e possuídas pelos objetos concretos que entram na sua extensão. [...] De acordo com isso, diremos que um termo é *vago* ou *indeterminado* se sua intensão não permitir determinar sua extensão com relativa certeza, quer dizer, se

melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; BRASIL, Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm Acesso em 15 de outubro de 2016.

210 Código Penal Espanhol. Art. 180.º, 3.ª “*Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.*”. Disponível em: http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado_121244071996.html. Acesso em 17 de outubro de 2016.

211 COSTA RICA. Código Penal Violación Artículo 156.- *Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima sea menor de trece años. 2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir. 3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación.*

212 VENEZUELA. Código Penal Venezuelo. Artículo 374. *Quien por medio de violencias o amenazas haya constrañido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años. Si el delito de violación aquí previsto se ha cometido contra una niña, niño o adolescente, la pena será de quince años a veinte años de prisión. La misma pena se le aplicará, aun sin haber violencias o amenazas, al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo: 1. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.*

²¹³ GIORGIS, *op.cit.*, p.30.

²¹⁴ BITENCOURT, *op. cit.*, p.101.

existirem objetos que não estão excluídos nem incluídos claramente em sua extensão.²¹⁵

Assim, se buscará a extensão e a intensão que o legislador quis dar ao vocábulo vulnerável. A vulnerabilidade possui uma grande extensão, abrange as crianças e os adolescentes, porque o *caput* do artigo 217-A, menciona o menor de 14 anos e o artigo 218-B, menciona o menor de 18 anos; e toda e qualquer pessoa que se encontre em uma situação de abuso da vulnerabilidade para fins sexuais. E conforme a combinação do artigo 217-A, §1º, e do artigo 218-B são vulneráveis as pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Oportuno consignar, que não é toda pessoa portadora de uma deficiência mental, que não tem discernimento para a prática do ato sexual, considera-se aqui vulnerável aquela que sua deficiência retira-lhe por completo o discernimento. O art. 6º, inc. II da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), dispõe que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos. Portanto, o referido Estatuto reforça o entendimento que pessoas portadoras de deficiência mental tem direito à exercer sua sexualidade, salvo quando lhe retirar por completo a capacidade de discernimento que será constatada mediante a prova pericial.

Quanto à pessoa que, por qualquer causa, não pode oferecer resistência citam-se os seguintes exemplos: imobilização, idade avançada, hipnose, estado de coma, desmaio, ingestão de sonífero, droga, embriaguez completa. Pouco importa que o fator que a impossibilita de oferecer resistência seja prévio ou causado pelo agente, basta que este se aproveite do estado de incapacidade de resistir, que pode ser momentânea ou permanente, da vítima para a prática do ato sexual. Nessas situações o fundamento da vulnerabilidade encontra-se na impossibilidade da vítima manifestar o seu dissenso.

Com a alteração do *nomem juris* do art. 218-B, pela lei 12.978/2014, que passou a ser favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, em que pese às críticas da doutrina²¹⁶, verifica-se claramente que o legislador ao incluir criança ou adolescente quis de forma taxativa e dentro da lógica dos crimes contra os vulneráveis, afirmar que as crianças²¹⁷ e adolescentes são vulneráveis,

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.p.97-98.

²¹⁶ Ver Bitencourt, *op. cit.* p.134.

²¹⁷ Quanto à inclusão do termo criança, merece o legislador uma crítica, pois o texto da norma no *caput* diz respeito ao menor de 18 (dezoito) anos, e no parágrafo segundo ao menor de 18 anos e maior de 14 anos. Assim,

bem como qualquer pessoa, independentemente de sua idade, que se encontra em uma situação de vulnerabilidade, seja por questões sociais, econômicas ou etc, e há o abuso dessa vulnerabilidade para fins sexuais.

De acordo com Monteiro, diversas são as situações aptas ao reconhecimento do abuso da vulnerabilidade:

Entendemos que o conceito de abuso não se limita à ideia de *aproveitamento*, devendo também ser entendido em relação às possibilidades da vítima em esquivar-se do ato sexual. [...] haveria abuso nas promessas feitas aos menores ou enfermos mentais, não sendo necessário, como exige a doutrina chilena, forme-se na vítima uma falsa percepção da realidade[...] Isto porque, como já mencionamos, a vulnerabilidade é juízo mais amplo do que o *engano*. Basta, assim, seja a promessa suficiente para vencer a natural resistência da vítima, que deve sofrer uma alteração do processo de formação da vontade. São também suficientes os atos de atribuir-se falsa identidade ou estado civil; frise-se, novamente, não se faz necessário simule, o agente, condições fáticas aptas a incidir a vítima em efetivo erro, desde que a dissimulação seja capaz de romper a recusa para o ato sexual. Dá-se como exemplo a hipótese em que o sujeito ativo, dizendo-se publicitário, pratica atos libidinosos com a vítima, a qual enxerga a possibilidade de alcançar a fama. Igualmente, verifica-se abuso no mal uso, ou no uso excessivo de um direito, como o pátrio poder; ou ainda no mal uso de um dever, como o de guarda, educação ou curadoria. São hipóteses nas quais a vontade da vítima é vencida pelo sentimento de respeito, obediência, temor ou gratidão havido para com o agente. Em tais casos a relação sexual pode aparentar ser plenamente consentida, pois inexistente qualquer dissimulação ou coação, o abuso se dá à medida que o ofendido, por vulnerável que o é- parte hipossuficiente da relação, não possui meios para negar a prática dos atos libidinosos.²¹⁸

Cabe ressaltar, que a vulnerabilidade foi uma preocupação constante do legislador de modo geral, pois além de dedicar um capítulo aos Crimes contra Vulneráveis, percebe-se que em todo o Título dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, a vulnerabilidade do menor de 18 anos e maior de 14 anos e/ou pessoa enferma ou deficiente mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato está prevista como causa de aumento de pena ou qualificadora. Por exemplo, no crime de estupro do art 213 haverá a forma qualificada do

não se vilsumbra no texto menção ao menor de 12 anos definição de criança dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

²¹⁸ MONTEIRO, *op. cit.*, p.90.

parágrafo primeiro, se a vítima é menor de 18 anos ou maior de 14 anos; da mesma forma nos seguintes artigos: art. 216-A, §2º, art. 227, §1º, art. 230, §1º, e na antiga redação dos art. 231, §2º, inc. I; art. 231-A, §2º, inc. I, II (revogados recentemente pela Lei 13.344 de outubro de 2016).

Assim sendo, em cada tipo penal o conceito de vulnerável apresenta sentido particular, específico. Versa-se da polissemia²¹⁹ do conceito de vulnerabilidade que Rassi expõe:

O Capítulo II do Título VI, foi denominado “Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável”, abrangendo os arts. 217-A, 218, 218-A e 218-B do CP. No entanto, entendemos ser equívoca tal denominação, uma vez que pode apresentar vários significados nos tipos penais em que foi empregada, sendo necessário diferenciar cada uma das situações. Assim, a vulnerabilidade é empregada para definir diferentes situações: (a) o caso da vítima menor de 14 anos, no caso de ato sexual, ou de 18 anos, no caso da exploração sexual; (b) a hipótese de quem, em razão da enfermidade ou da doença mental, não tem discernimento para consentir, é enfermo ou doente mental, em razão disso não possui discernimento para prática do ato e; (c) o caso daquele que, mesmo sendo maior e capaz, encontra-se em uma situação de fragilidade tal que consente em ser objeto do tráfico de pessoas.²²⁰

Cabette, após mencionar com razão, a falta de técnica legislativa e a ginástica intelectual e jurídica necessária para imprimir ordem aos caos, realizando sua interpretação dos referidos artigos aduz:

Um caminho razoável pode ser o seguinte: entenda-se que o legislador quis realmente conferir o *status* de “vulnerável” aos antigos beneficiários da “presunção de violência”, nos termos do revogado art. 224, “a” a “c”, CP, de acordo com o disposto no art. 217-A, CP. Esta seria uma definição mais genérica de “vulnerável” que se poderia extrair da lei. No entanto, no decorrer do diploma e de acordo com as peculiaridades de cada tipo penal, o legislador teria se utilizado de critérios diferenciados para a consideração de certos sujeitos passivos como “vulneráveis”, a exemplo do que ocorre no art. 218-B, CP, em que a vulnerabilidade etária é ampliada e excluída a vulnerabilidade pela incapacidade de resistência por outros motivos que não a idade ou a doença ou debilidade mental incapacitantes. Assim

²¹⁹Polissemia é um conceito da área da lingüística com origem no termo grego *polysemos*, que significa "algo que tem muitos significados". Uma palavra polissêmica é uma palavra que reúne vários significados.

²²⁰ RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.19, n 92, p. 61-93, set-out. 2011. p.70.

sendo, confere-se uma platicidade à definição de “vulnerável”, a qual possibilita de alguma forma uma orientação para a interpretação da matéria.²²¹

Para Mirabete:

Pessoa *vulnerável*, no sentido que lhe conferiu o Código Penal, é, primeiramente, a pessoa menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, se encontra particularmente sujeita aos abusos e à exploração e sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual. Em alguns dispositivos a lei estabeleceu tratamento diferenciado ao menor de 14 anos e ao maior de 14 e menor de 18 anos, reconhecendo que em relação a esses últimos há de ser respeitada alguma liberdade sexual.²²²

Conforme Martinelli, “pode-se dividir os vulneráveis em quatro grandes grupos: (1) crianças e adolescentes; (2) adultos com problemas mentais; (3) adultos temporariamente perturbados; (4) grupos especiais de vulneráveis.²²³ Nesse último grupo, cita como exemplo, as mulheres nos casos de violência doméstica, os idosos, deficientes.

Na sua análise do conceito de vulnerabilidade ainda aborda a vulnerabilidade social, que pode se manifestar no plano estrutural e subjetivo. No primeiro há uma mobilidade descendente e no segundo, pode ser dada pelo desenvolvimento de sentimentos de incerteza, insegurança, de não pertencer a determinado grupo.

Exemplificando a vulnerabilidade decorrente de questões sociais ou econômicas, pode-se citar o crime de *Tráfico de Pessoas com a finalidade de exploração sexual* (art. 149-A, inc. V), antigo art. 231 e 231-A (revogados pela Lei n. 13.344 de 6 de outubro de 2016). Assim, a lei foi ao encontro do Protocolo de Palermo ao prever que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do delito, desde que o executor se utilize de ameaça, força, coação ou se aproveite da situação de vulnerabilidade da vítima.

Em tal situação, a vítima pode ser maior de idade, ter capacidade de entender e se autodeterminar, mas o seu consentimento não é considerado válido, há um vício de consentimento, justamente porque é muito provável que tenha consentido com o seu tráfico por encontrar-se em uma situação de vulnerabilidade econômica ou social. Assim, a fragilidade em que se encontra, seja qual for à origem (econômica, psicológica, social), leva a pessoa a anuir a atos ou situações que não autorizaria em condições normais, portanto, a

²²¹ CABETTE, *Op. cit.*, p. 32.

²²² MIRABETE, FABBRINI. *Op. cit.*, p.425.

²²³ MARTINELLI, *op. cit.*, p.14

vulnerabilidade decorrente de questões sociais ou econômicas pode acarretar a vulnerabilidade sexual. O mesmo raciocínio pode ser realizado em relação a adolescentes que se prostituem.

Como visto realmente o conceito de vulnerável em cada tipo penal pode apresentar uma conotação diversa. “A vulnerabilidade (ou fragilidade) pode apresentar graus e consequências penais diversas, tendo em vista a avaliação que o legislador faz do grau do nível de abuso dessa condição.”²²⁴ Sendo assim, nosso foco será a vulnerabilidade no estupro de vulnerável, com ênfase ao artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, que será analisado no próximo capítulo.

2.3. Da Presunção de Violência e sua Revogação pela Lei 12.015/09

Na redação original do Código Penal de 1940, encontrava-se o artigo 224 que tratava da presunção de violência²²⁵ nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Assim dispunha:

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

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Os crimes de estupro (art. 213) e de atentado violento ao pudor (art. 214) eram combinados com o artigo da presunção de violência (adequação típica de subordinação mediata ou indireta) quando a vítima tivesse idade igual ou inferior a catorze anos, fosse alienada ou débil mental, e o agente sabia dessa condição da vítima, ou por qualquer outra causa não podia oferecer resistência.

²²⁴ RASSI, *op. cit.* p.69.

²²⁵ Mestieri traz a lição sobre a origem da presunção de violência “Não sendo a vítima maior de certa idade para que se lhe reconheça válido o consentimento costuma-se falar em *violência presumida*. A construção de semelhante ficção jurídica no campo dos crimes sexuais deve-se aos práticos. A razão era expressada no brocardo – “*puella non est dolo capax*.” O primeiro a enunciá-lo foi Carpzóvio em sua *Practica Nova Rerum Criminalium, quaest 75* n. 39 baseado em princípios de direito privado romanos, ínsitos em os textos: Dig., Liv. L, 17, 40, *Pomponius, libro trigésimo quarto ad Sabinum*, “*Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit nulla voluntas est*” e Dig., Liv. L, 17, 189, *Celsus, libro tertio décimo digestorum*, “*Pupulus nec velle Nec nolle in ea aetate nisi adposita tutoris auctoritate ereditur: nam quode animi iudicio fit, in e o tutoris auctoritas necessária est*”. Daí Carpzóvio formulou o princípio – *qui velle non potuit, ergo noluit*, isto é, quem não pode querer (não podendo consentir, no sentido jurídico), por conseguinte dissente”. MESTIERI, João. Do Delito de Estupro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982. p.30-31.

Na primeira hipótese, se o crime fosse praticado no dia em que a vítima completava 14 anos, há presunção de violência, porque não é maior de catorze anos. No caso, de vítima alienada ou débil mental fazianecessária a perícia para verificar se a mesma era totalmente incapaz de entender a natureza do ato sexual e de determinar-se de acordo com esse entendimento. E na impossibilidade de resistência por outras causas, como por exemplo, embriaguez, ingestão de entorpecentes, não importava se foi causado pelo próprio agente ou não. Ainda, há outras situações de impossibilidade de oferecer resistência, como por exemplo: enfermidade, idade avançada, deficiência física, paralisia etc. A vítima deve encontrar-se absolutamente vulnerável, ou seja, completamente incapaz de oferecer resistência.

A lei penal embasava-se na tese da presunção jurídica da violência, isto é, presume-se ou finge-se que houve violência nos crimes sexuais quando a vítima se enquadrar em uma dessas condições.

Portanto, nessas hipóteses não existe uma concreta, umareal violência, seja na forma de violência física (*vis corpori illata*), seja na forma de violência moral ou grave ameaça (*vis animo illata*). “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.”²²⁶

Noronha esclarece o fundamento da presunção:

Tomou o legislador como base completa insciência dos fatos sexuais e a impossibilidade de consideração quanto aos efeitos por eles produzidos. Considerou que abaixo desse limite não é dado ao agente valer-se da aquiescência do menor, tido como incapaz de querer, impossibilitado de livre aceitação desse ato que desconhece e, assim, pelo inciso em apreço, a lei pune o agente, tendo em vista não poder ele ignorar ser o menor protegido no pudor e nos costumes e que, pela própria impossibilidade de eficazmente se defender, a ação criminosa contra ele avulta no caráter anti-social e abjeto.²²⁷

O mesmo raciocínio foi utilizado pelo legislador penal de 1940 em relação à vítima alienada débil mental ou que não pode por qualquer outra causa oferecer resistência, isto é, há ausência de consentimento válido. Nesse sentido, Exposição de Motivos da Parte Especial do código Penal:

²²⁶ BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, n 70. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibmlink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>

²²⁷ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol 3, 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185.

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).²²⁸

Portanto, não era necessário demonstrar emprego de violência física ou de grave ameaça²²⁹, pois se presumia violento o ato sexual nessas hipóteses, uma vez que a vítima não possuiria capacidade para entender o ato sexual e consentir de forma válida.

Sendo assim, não demorou muito para novamente iniciar na doutrina e na jurisprudência acaloradas discussões sobre a natureza jurídica da presunção de violência, principalmente em relação à menoridade da vítima, pois em relação ao alienado ou débil mental a doutrina era pacífica sobre a relatividade da presunção. De um lado, os defensores de que se tratava de presunção absoluta (*iuris et de iure*)²³⁰, de outro, de presunção relativa (*iuris tantum*)²³¹.

Em outras palavras, se admitiria ou não a produção de prova em contrário à presunção de violência. Se admitir-se, está-se relativizando a presunção de violência, significa dizer, que o menor de 14 anos pode consentir validamente com a relação sexual. Caso contrário, não se admitindo a produção de provas, significa dizer que houve a violência presumida, e mesmo que o menor tenha consentido no ato sexual, esse consentimento não é considerado válido.

No início da vigência do Código Penal de 1940, alguns doutrinadores se posicionavam pelo caráter absoluto da presunção de violência, pois ainda que a vítima menor houvesse manifestado seu consentimento no ato sexual, esse é sempre inválido. Essa parca

²²⁸ BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, n 70. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>

²²⁹ Claro que, se o agente tivesse, efetivamente empregado a violência física ou a grave ameaça contra uma vítima nessas condições, haveria o crime de estupro ou atentado violento ao pudor com violência real.

²³⁰ Chama-se *iuris*, porque firmada na lei, e *et de iure*, porque nenhuma prova a destrói, estabelecendo, assim, de maneira decisiva, o direito.

²³¹ A presunção *iuris tantum*, é apelidada de *tantum*, porque prevalece até que se demonstre o contrário, e a destruição dela não cabe a quem a tem a seu favor por determinação legal, mas àquele que não a quer ou não se conforma com a sua determinação.

corrente se fundamentava no próprio texto do artigo 224 do Código Penal, isto é, da vontade do legislador e da falta de maturidade do menor para consentir.

A base da argumentação provinha dos ensinamentos do doutrinador italiano Manzini, que justificava a proteção da menoridade sexual já no Código Penal Zanardelli, como um dever de abstenção:

Assim, MANZINI vê nesses casos, não presumpções, mas abusos de pessoas especialmente tuteladas: ‘O verdadeiro critério da lei, límpido e positivo, diz elle, é este: essa impõe a cada um ou a determinadas pessoas, um dever absoluto de abstenção de conjucção carnal com aquellas pessoas que a própria lei tutela, e que, implicitamente, considera carnalmente invioláveis ainda que consintam’.²³²

Imprescindível mencionar que o Código Italiano não adotou o sistema da presunção de violência, como o fez os diplomas penais brasileiros de 1890 e 1940, e sim o sistema da equiparação ou assimilação à violência, por essa razão Manzini procurava afastar o entendimento que a tutela da menoridade sexual se baseava em uma presunção de violência para evitar-se confusões.

Para Bento de Faria em relação à vítima menor de 14 anos a presunção será absoluta:

[...] pouco importando as suas condições individuais, *embora corrompida ou mesmo já violada (puero debetur máxima reverentia)*. Nessa idade, em que se verifica a deficiência de capacidade intelectual e volitiva, os estímulos carnaes são ainda ignorados e confusos, e, por isso, se forem excitados, a imaturidade fisiológica da pessoa não lhe poderá proporcionar o contraestímulo forte e educado para orientar-lhe a resistência. Nesse caso, a ciência admite como verdade a incapacidade carnal.²³³

No entanto, a doutrina foi se inclinando pelo caráter relativo da presunção de violência em relação à vítima menor de 14 anos, tornando-se majoritária. Todavia, embora majoritária, na argumentação encontrava-se em desarmonia. As principais fundamentações pela possibilidade de relativização da presunção de violência eram:

²³² SIQUEIRA, *op. cit.*, p. 475.

²³³ BENTO DE FARIA. Código Penal Brasileiro. Volume V, Parte Especial (arts. 213 a 361) Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora. 1943, p.84.

A) a experiência sexual do menor de 14 anos.²³⁴

B) A lei indicava que as alíneas *b* e *c* eram de caráter relativo, logo não estaria excluída da alínea *a*.²³⁵

C) a capacidade de discernimento²³⁶

D) Inconstitucionalidade pela ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da ofensividade e do princípio da culpabilidade.²³⁷

²³⁴ MAGALHÃES Noronha: A regra, portanto, que propomos na interpretação do texto é esta: presunção relativa, comportando a exceção de ser a menor pessoa de vida dissoluta, meretriz ou a que, não sendo *profissional declarada*, não passa de aliciadora de homens, pois ambas se equivalem. NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. vol 3, 27 ed. São Paulo: Saraiva 2003, p.196.

FRAGOSO: Não se trata de presunção absoluta, pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui sua aplicação. [...]. Entre nós, já se decidiu que não pode haver presunção de violência em relação à menor de 14 anos prostituída. (RF249/331). FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, parte especial: arts. 213 a 359 CP. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 43.

A presunção de violência, no caso de a vítima não ser maior de catorze anos, é relativa, cedendo na hipótese de o agente incidir em erro quanto à idade desta, erro este plenamente justificado pelas circunstâncias. Ex: meretriz de porta aberta, certidão falsa de nascimento apresentada pela vítima, aparência de maior idade pelo aspecto físico etc. JESUS, Damásio E. Direito Penal: Parte Especial. Vol 3. 16ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 137. Para Paulo José da Costa Junior: a presunção contida no art. 224 não é absoluta, admitindo prova em contrário. Assim, não se apresenta o crime se a menor mostrar-se experiente na prática sexual, já houver praticado relações com outros indivíduos, for despudorada e sem moral, corrompida, ou apresentar péssimo comportamento. COSTA Jr. Paulo José. Direito Penal: Curso Completo. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 518.

²³⁵ Nesse sentido Magalhães Noronha: Ora, prescrevendo-se nessas alíneas presunções relativas, isto é, presunções que admitem prova em contrário, poder-se -à objetar não seria de boa técnica que, na primeira alínea, o legislador configurasse um caso de presunção absoluta, sem, ao menos, dizê-lo expressamente. MAGALHÃES Noronha, *op. cit.*, p.193.

Essa corrente era defendida por Hungria, sendo seguida por Mirabete.: Alinham-se a favor da tese de que a presunção é relativa os seguintes fundamentos: as outras duas alíneas (b e c) tratam de presunções relativas, e não seria de se excluir a alínea a; a prevalecer a opinião oposta, a menor seria mais protegida que o insano mental, que não tem nenhuma possibilidade de consciência; não há na lei menção expressa sobre a natureza da presunção, dando Hungria seu testemunho de que foi eliminada do anteprojeto a expressão “não se admitindo prova em contrário, que caracterizaria a presunção absoluta. É essa, ao nosso ver, a melhor solução. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Especial. vol. 2. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 444.

²³⁶ Para Prado como a realidade social sofreu mutações e o sexo deixou de ser tabu sendo discutido perante crianças e adolescentes “não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética, logo, em face do conhecimento do adolescente nessa faixa etária sobre sexo, há que se relativizar a presunção legal quanto à violência”. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. vol.3. 4 ed. São Paulo: RT, 2006, p.245. NUCCI propunha que a presunção deve ser considerada absoluta, especialmente para menores de 12 anos, e relativa para casos excepcionais, como de vítimas adolescentes (maiores de 12 anos) onde é possível discutir a respeito da sua condição e da sua real maturidade ou imaturidade. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 801-802.

²³⁷ Teles ao se referir sobre a presunção de violência argumentava pela inconstitucionalidade do artigo 224, pois violava o princípio da legalidade e da responsabilidade subjetiva. Também entendia que em algumas situações o menor de 14 anos teria capacidade de consentir. Veja-se: “É de todo óbvio que essa presunção não deve ser tida como absoluta, pois é certo que há determinadas pessoas, com idade inferior a 14 anos, que têm perfeita capacidade de consentir, daí que a presunção pode ser afastada, no caso concreto, quando ficar demonstrado que a menor, por sua história de vida, por sua experiência pessoal, tinha perfeito entendimento sobre as consequências de seu comportamento e, portanto, sabia e podia decidir sobre a realização do ato sexual. TELES, Ney Moura. Direito penal: parte especial. Vol.3. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 7-8.

Esse posicionamento tem como expoente Gomes, que analisando o artigo 224, alínea *a*, defende que a presunção de violência, mesmo que de caráter relativo, ofende o princípio da inocência.

O art. 224 do CP, em conclusão, na parte em que presume a violência, conflita com o princípio constitucional da presunção de inocência. Não foi recepcionado (parcialmente) pela Constituição brasileira de 1988, porque desobriga o acusador daquele “mínimo probatório” (relacionado com a violência), sem o qual a presunção de inocência resulta intacta. Ainda que se considere tal presunção como de natureza relativa, ainda assim, o conflito constitucional é patente, pois passa a exigir do acusado a prova de alguns fatos que eliminam a figura penal (desonestidade da vítima, prostituição etc.).²³⁸

Continuando seu raciocínio Gomes também argumenta que a presunção de violência viola o princípio da ofensividade, pois havendo uma relação sexual consentida pelo menor, não existe violência de fato na conduta do agente. A lei presume tal violência.

Na realidade, não houve ofensa ao bem jurídico liberdade sexual, mas por força da presunção, admite-se tal lesão. A lesão decorre da vontade do legislador, não da realidade, não da conduta do agente. Se um dos eixos centrais do Direito Penal consiste em o agente só responder penalmente pelos danos efetivos que ele causa a outrem, quando esse dano não emerge da sua conduta, senão de uma presunção legal, é evidente que não pode ser-lhe imputado. A presunção legal de violência, em síntese, viola também o princípio do *nullum crimen sine iniuria*.²³⁹

E ainda defende que a presunção de violência fere o princípio da culpabilidade, pois o direito penal brasileiro funda-sena responsabilidade subjetiva, ao admitir a presunção de violência nos crimes sexuais estar-se-ia adotando a responsabilidade objetiva o que é inadmissível. Nesse sentido, assevera:

O que falta na presunção legal de violência é o que se requer como requisito mais elementar da culpabilidade: o vínculo material do agente com o fato. No exemplo citado (relação com menor de treze anos), o agente está materialmente vinculado com o ato sexual, com a menor. Mas não existe essa relação substancial entre ele e a

²³⁸ GOMES, Luiz Flávio. Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. São Paulo: RT, 2001, p. 122.

²³⁹ GOMES, *op.cit.* p. 126.

violência (uso de meios coercitivos para vencer uma resistência). A violência não é fato do autor, senão do legislador. Logo, não se justifica de modo algum a responsabilidade penal por uma violência presumida.²⁴⁰

Por fim, defende a inconstitucionalidade do antigo artigo 224 do Código Penal, na parte que prevê a presunção de violência, devendo o juiz considerar as situações nele previstas como um abuso sexual. Assim na análise de cada caso o julgador deverá sempre considerar o grau de compreensão do ato sexual da vítima. Além disso, propõe que o ato sexual praticado contra criança (menor de 12 anos, conforme definição do Estatuto da Criança e Adolescente) sempre configurará um abuso sexual e seu consentimento não possui valor jurídico.

Nem a doutrina, que majoritariamente defendia a presunção relativa de violência em relação ao menor de catorze nos delitos sexuais, conseguiu chegar a uma conformidade sobre o fundamento a ser utilizado para justificar tal posição.

2.3.1 A controversia na jurisprudência

Em relação à jurisprudência²⁴¹ a controvérsia é ainda maior e histórica. O Supremo Tribunal Federal de forma praticamente pacífica adotava o entendimento que a presunção de violência é de natureza absoluta.

Assim, *ad exemplum*, o interessante voto do Ministro Octavio Gallotti no Recurso Especial, n 116649²⁴² julgado em 09 de setembro de 1988, que argumenta que a fundamentação da presunção de violência é a *innocentia consilli* prevista na exposição de motivos do Código Penal, que não autoriza o juiz substituir o legislador na avaliação sobre a inocência da vítima menor, pois o legislador fixou a idade de 14 anos, cabendo ao juiz respeitar a lei e não questionar caso a caso sobre a maturidade da vítima.

O Ministro Gallotti se ancora em vários precedentes, para a sua fundamentação: “O Consentimento da ofendida e sua experiência anterior não desconstituem a tipicidade de tal fato criminoso (STF, relator Min. Antonio Neder, RTJ 68/735)”²⁴³.

²⁴⁰ Idem, p. 127

²⁴¹ Serão analisados apenas julgados com data anterior a Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, pois as decisões dos tribunais superiores após o advento da referida serão o objeto do capítulo III.

²⁴² BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206487>

²⁴³ Idem p.23

Também cita decisão do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, sendo relator o Desembargador Roberto Medeiros:

O que faz presumir a violência não é nenhuma presunção de inocência [da vítima]. A inocência, assim como a honestidade, não é elemento do crime de estupro. Até a mulher de porta aberta pode ser sujeito passivo dele. A ausência de consentimento é que o caracteriza. Na hipótese do art. 224, 'a', do CP, o fundamento da presunção é a incapacidade de consentimento, firmando em relação ao menor um dever absoluto de abstenção (Manzini, v. 7, p.263), sendo irrelevantes até mesmo a iniciativa ou provocação da vítima para o ato sexual (Hungria, v. III, p. 222). Assim como 'o estado de corrupção ou de virgindade da menor'. (Manzini, v. 7, p.263; Manfredini, *Delitti contro la moralità pubblica e Il buono costume*, p. 145; Paulo Sagor, *Commentaire Du Code Penal Suisse, Partie Speciale*, v. I, p. 311), (RJ 397, p.354)²⁴⁴

No julgamento do Habeas Corpus 74286- SC, do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sydney Sanches, também afirma que o consentimento da vítima é irrelevante, inclusive se já houvesse a vítima alguma experiência sexual anterior, mesmo assim o seu consentimento seria considerado inválido. No mesmo diapasão o HC 72575 –PE²⁴⁵, de lavra do Ministro Néri da Silveira, julgado em 04/08/1995, que defende a presunção absoluta da violência mesmo havendo o consentimento da vítima. Para o ministro esse consentimento não é válido, pois se trata de pessoas que não formaram completamente seu desenvolvimento psicológico e sua personalidade, tornando-se frágeis. O Ministro ainda menciona que não é porque a vítima freqüente casas noturnas, não ser virgem ou mesmo ter consentido ou provocado o ato sexual que seu consentimento será considerado válido.

Em análise de outro Habeas Corpus n 74983-RS²⁴⁶, dentre vários requerimentos da defesa, esta alega que o artigo 224 a do Código Penal fere o princípio constitucional da presunção da inocência (pois a responsabilidade penal é subjetiva não sendo possível sustentar a presunção da violência, do fato) em seu voto o Ministro Carlos Velloso decide

²⁴⁴ Idem ibidem p.23-24.

²⁴⁵ BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal – Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73865>

²⁴⁶ BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650>

pela constitucionalidade do referido artigo, argumentando que a defesa atribui um conteúdo a norma do artigo 224 que ela não possui.

Transcreve-se trecho do voto do Ministro Velloso:

Não há, na citada norma do art. 224,a, do Cód. Penal, nada de atentatório a responsabilidade subjetiva. O que deve ser entendido é que a lei estabelece a presunção de violência com base na afirmativa de que a menor de 14 anos não sabe querer. Se o agente, mesmo existindo a norma, age conscientemente e a constringe à prática da conjunção carnal, agiu com culpa, na modalidade dolo. Somente o erro na forma do disposto nos artigos 20 e 21 do Cód. Penal, é que tornaria inaplicável a norma, porque afastaria a culpabilidade do agente.

Portanto, o fundamento mais uma vez, é: o menor de 14 anos não tem capacidade de compreender e entender, logo, de consentir.

No Habeas Corpus 74700²⁴⁷, julgado em 04/03/1997 o Ministro Maurício Corrêa argumenta que a violência constitui elemento do crime de estupro, e que esta não precisa ser real, pois a lei no art. 224, presume-a.

Esses são alguns exemplos de acórdãos que defendem que a presunção de violência no estupro e atentado violento ao pudor com vítima menor de 14 anos é de caráter absoluto.

Mas em 21 de maio 1996, ao julgar um Habeas Corpus número 73662 de Minas Gerais, o Ministro Marco Aurélio abriu um precedente no STF, que se tornou um paradigma, decidindo pela primeira vez, pela presunção relativa da violência em análise de Habeas Corpus.²⁴⁸

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
HC 73.662-9/ MG - MINAS GERAIS
HABEAS CORPUS

Relator(a): Min.MARCO AURÉLIO

Julgamento:21/05/1996

²⁴⁷BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75430>

²⁴⁸ Cabe ressaltar, que embora essa decisão tenha gerado grande repercussão no mundo jurídico, principalmente nos tribunais de justiça dos estados que passaram em sua maioria a adotar a presunção relativa da violência, no STF tratou-se de um caso particular, pois após essa decisão a jurisprudência do Supremo continuou sendo pela vertente da presunção absoluta da violência conforme demonstrado supra.

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310

RTJ VOL-00163-03 PP-01028

Ementa

COMPETÊNCIA HABEAS-CORPUS ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato detribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. **ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO-VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal.** Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. [sem grifo no original]²⁴⁹

Trata-se no caso de menor de 14 anos que se passara como pessoa de idade maior que a real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental e, além disso, confessou em juízo que mantivera a relação sexual por vontade própria e que já havia mantido relações sexuais com outros rapazes anteriormente. Que não tinha bom relacionamento com o pai, e este a pressionou para ir à delegacia. O réu acreditara que estava mantendo relação com pessoa de dezesseis anos, recaindo em erro de tipo (erro quanto à idade da vítima)

O voto do Ministro Marco Aurélio, passa posteriormente a ser transcrito repetidamente de forma exaustiva pelos tribunais brasileiros. Portanto, passa-se a transcrição do mesmo:

[...] A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em juízo, ou seja, haver mantido relações com o paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do

²⁴⁹BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>

que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

Ora, passados mais de cinquenta anos- e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos -, não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir.²⁵⁰

Veja-se que nesses trechos o Ministro na sua argumentação se refere vida promíscua da menor e que a mesma aparentava possuir mais de 14 anos. Também menciona as mudanças de costumes, e os meios de comunicação que expõem as crianças ao mundo da sexualidade. Diante desse quadro, o Ministro entende que as crianças se tornaram moças capazes de discernir.

Ainda em seu voto o Ministro Marco Aurélio critica o Código Penal que não acompanhou o avanço dos costumes da sociedade brasileira, por isso cabendo ao intérprete da lei flexibilizá-la:

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista Omo que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece: as leis não?

²⁵⁰BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663> p.7-8.

Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a -, cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e espiritualmente.²⁵¹

Também justifica que para existir o crime de estupro deve haver constrangimento, isto é, forçar, obrigar, e no caso não houve. “De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento, na medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização.”²⁵²

Por fim, apresenta as seguintes razões para decidir pela presunção relativa da violência: “A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público.”²⁵³

Portanto, sua fundamentação se baseia na **experiência sexual anterior** da menor de quatorze de anos, no seu **comportamento social** não condizente com a sua faixa etária e pela sua **aparência física**. Para Guimarães este acórdão é uma autêntica expressão de política criminal, levada a efeito para a realização da justiça material.²⁵⁴

²⁵¹ BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663> p.9.

²⁵² Idem p.9.

²⁵³ Idem ibidem

²⁵⁴ GUIMARÃES, *op. cit.* p. 141. Para o autor trata-se de uma autêntica expressão de política criminal pelos seguintes motivos: “Em primeiro lugar porque, em realidade, a garantia constitucional do *habeas corpus* não se presta para a análise do conteúdo probatório do processo mas, tão-somente, para declarar inequívoco ato de ilegalidade ou de abuso de poder que restrinja a liberdade física ou a coloque sob iminente risco[...] Por outras palavras, os juízes daquela Corte alargaram as dimensões da garantia constitucional para afastar o perigo de restrição da liberdade física, mesmo não havendo flagrante ilegalidade ou abuso de poder por parte do Tribunal de Justiça mineiro, o qual manteve a condenação do paciente. Com isto, se por um lado fizeram uma nova leitura da garantia do *habeas corpus* que se afasta da noção de expediente extraordinário para a salvaguarda do direito fundamental da liberdade, por outro lado deixaram implícita uma crítica ao excessivo formalismo que poderia por em risco esses direito fundamental. Em segundo lugar, porque manifesta através da crítica à lei penal a necessidade de sua revisão. As normas expressas no Código Penal não mais se compaginam com os modos, os costumes, enfim, com a atual mundividência brasileira, havendo, pois, a necessidade de uma reforma que o adêquie à realidade histórico-cultural. Em terceiro lugar, revela a possibilidade de os julgadores saírem de uma posição cômoda atrelada às categorias criadas ao longo da história jurisprudencial, que podem gerar o risco de os deixar inermes ante o impacto provocado por novas realidades fenomênicas. [...] Em quarto lugar, porque a posição crítica assumida pelos julgadores desenvolveu-se através de sondagens ao momento histórico-cultural da sociedade brasileira, reconhecendo seu pluralismo, capturando alguns de seus valores e desvendando a realidade

Já o Ministro Carlos Velloso diverge do voto do relator, considerando que uma menina de 12 anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente, que não tem ainda condições de avaliar as conseqüências do ato. Que discorda da afirmativa da menor ser leviana, que isso lhe retire a proteção penal. E diz: “Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda o que querer.”²⁵⁵

Também alega que com base no §4 do art. 226 da Constituição, “que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração da criança e do adolescente”, cabe ao interprete da lei proteger o menor.

E por fim, cabe mencionar trecho do voto do Ministro Néri da Silveira:

De todo o exposto, tenho pois que a exegese conducente a afastar a incidência do art. 224, a, do Código Penal, quando a menor de quatorze manifestar consentimento em ato sexual, levaria a tornar impunes ações socialmente reprováveis, inaceitáveis, e mesmo abjetas de elementos inescrupulosos que buscariam satisfação sexual com pobres crianças, já desprotegidas, em razão da miséria material e do abandono moral e intelectual, que cercam a prostituição infantil. [...].²⁵⁶

E ainda menciona que interpretar o artigo 224, ‘a’ como de caráter relativo vai contra a interpretação da lei, que é de proteção ao menor. Interessante notar, que no seu voto o Ministro Néri da Silveira demonstra preocupação social, com a exploração sexual de crianças e adolescentes, que na maioria dos casos são abandonadas materialmente, moralmente e intelectualmente. E conclama os poderes públicos e instituições privadas a colaborarem na assistência a essas crianças para que tenham dignidade humana. Passados sete anos desse acórdão criou-se justamente uma CPMI para tratar sobre a violência e a exploração sexual contra crianças e adolescentes e somente em 2009 altera-se o bem jurídico tutelado no Código Penal, que vem a ser justamente a Dignidade sexual.

Esse precedente aberto Ministro Marco Aurélio no julgamento do referido Habeas Corpus **não teve** o condão de alterar o entendimento predominante da suprema corte no

de nossos jovens. É claro que nesta tarefa entram de permeio expressões de cariz nitidamente vinculado às noções morais, que se tornaram critérios, embora subjetivos, necessários para a aferição da antiga questão sobre presunção de violência. Contudo, entendemos que não resvalou nos perigos dos (pré)conceitos que tendem para a generalização, porque a análise de fundo é sobre a capacidade de consentir da adolescente.

²⁵⁵ Idem p.23.

²⁵⁶ Idem ibidem

sentido da presunção absoluta. Entretanto, ressonou em algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e principalmente e em grande escala nos tribunais de Justiça estaduais.

Veja-se, por exemplo, que no HC 81.268/DF²⁵⁷ de 16/10 2001 deliberou-se pelo caráter absoluto da presunção de violência, ressaltando-se na própria ementa menciona-se que a decisão da relativização é uma decisão isolada.

Nesse julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence, menciona dois pontos relevantes:

a) que a decisão do HC 73.662, que considerou a presunção relativa é uma decisão isolada, que não espelha a jurisprudência da suprema corte.

É de notar que a decisão invocada da Segunda Turma (HC 73.662, 21.05.1996, M. Aurélio) – e nela tomada por empate na votação- afora a admissão do erro de fato quanto à idade da ofendida-, no que dá relevo ao seu consentimento à relação sexual como elidente da presunção legal de violência, não retrata a jurisprudência do tribunal. Um mês depois dela, esta Primeira Turma reafirmava o caráter absoluto da presunção de violência do art. 224, “a” do C. Pen, e a conseqüente irrelevância do consentimento da menor de 14 anos, legalmente incapaz de prestá-la (HC. 74286, 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291).²⁵⁸

b) que a norma do art. 224, “a” do Código Penal não é inconstitucional diante da alegação que feriria o princípio da culpabilidade, pois o que se examina não é a presunção de culpabilidade do agente e sim da incapacidade absoluta de consentir da vítima de menor de 14 anos.

Não há, na citada norma do art. 224, “a” do Cod. Penal nada de atentatório à responsabilidade subjetiva. O que deve ser entendido é que a lei estabelece a presunção de violência com base na afirmativa de que a menor de 14 anos não sabe querer. Se o agente, mesmo existindo a norma age conscientemente e a constringe à prática da conjunção carnal, agiu com culpa na modalidade dolo. Somente o erro, na forma do disposto nos artigos 20 e 21 do Cod. Penal, é que tornaria inaplicável a norma, porque afastaria a culpabilidade do agente.²⁵⁹

257BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78677>. Acesso em 23 de setembro de 2016.

²⁵⁸ Idem, p.11.

²⁵⁹ Idem, p. 14.

Afinal, dentre os acórdãos analisados, todos propositadamente anteriores a vigência da Lei 12.015 de 2009, percebe-se que a jurisprudência da mais alta corte brasileira era majoritáriapelo caráter absoluto da presunção de violência e o principal argumento era a incapacidade de consentir do menor de 14 anos. Excepcionalmente, houve apenas **UM** acórdão em sentido contrário.

Já no Superior Tribunal de Justiça, a situação é um pouco diversa encontra-se uma maior divergência e embate sobre a natureza jurídica da presunção de violência nos crimes sexuais.

Primeiramente, colacionam-se julgados da corrente absoluta da presunção de violência e suas argumentações. No Recurso Especial 173.471/PR²⁶⁰, julgado em 17/08/1999, no seu voto o ministro relator Jorge Scartezzini, realça que na interpretação do artigo 224, 'a' do Código Penal, e sua combinação com o artigo 213 do Código Penal (estupro) não constitui elemento do tipo do crime de estupro se a vítima é honesta ou inocente. O componente principal diz respeito à capacidade de consentir, e a presunção de violência significa incapacidade de consentir da vítima, pouco importando o grau de inocência.

O Recurso Especial 94683/GO de 06/10/1997,²⁶¹ trata de uma situação interessante, pois a vítima e o réu namoravam e esse relacionamento rapidamente se transformou em concubinato com o assentimento da mãe da menor. Discute-se então se o concubinato descaracterizaria o crime ou extinguiria a punibilidade.²⁶²Na redação original do Código Penal à época o art. 107, VII previa como causa de extinção de punibilidade o casamento entre o autor do delito e a vítima, mas não mencionava o concubinato.

Em seu voto (vencido), o Ministro Cernicchiaro propugna pela extinção da punibilidade, uma vez que o legislador optou em proteger a constituição da família em detrimento da punição do autor, e o concubinato já era aceito pela Constituição Federal e legislação ordinária.

O Ministro Vicente Leal contraria o voto do ministro-relator Cernicchiaro, alegando que o direito penal pauta-se pelo princípio da legalidade, não permitindo recurso à analogia. Além disso, que a norma do art. 224, 'a' presume a violência “É que nessa idade, a menina-

²⁶⁰BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800317651&dt_publicacao=13-09-1999&cod_tipo_documento=

²⁶¹BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600263477&dt_publicacao=15-03-1999&cod_tipo_documento=

²⁶² Art. 107. Extingue-se a punibilidade

VII- - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, e III do Título VI da Parte Especial deste Código.

criança não tem a capacidade intelectual e volitiva para manifestar oposição aos encantos do sedutor, a imaturidade fisiológica não lhe proporciona o contra-estímulo necessário para oferecer resistência.”²⁶³

E mais: “A circunstância de haver o réu estabelecido concubinato com a vítima não desfigura o delito, persistindo a lesão ao bem jurídico tutelado, pois a infeliz criança permanece sofrendo a ação criminosa do réu, de modo continuado, sendo certo que atenta contra a natureza a prática de atividade sexual em idade infantil”²⁶⁴.

Já no Recurso Especial 332138/MG²⁶⁵ de março de 2005, da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro relator Felix Fischer elenca seus argumentos a favor da presunção absoluta.

No votado Ministro Felix Fischer destacam-se dentre outros, os seguintes argumentos:

a) que existem tipos penais comissivos e omissivos, e que nesses o agente tem o dever de se abster de praticar a conduta, e a seu ver a norma do artigo 224, ‘a’ é uma norma omissiva, isto é, o agente tem o dever de abster de praticar relações sexuais com menores de quatorze anos.

b) Também afirma que não se confunde *innocentia consillium* com o mero conhecimento objetivo sobre ato sexual, que dificilmente uma pessoa de 13 anos de idade possui maturidade psico-ética, com livre determinação no plano das atividades sexuais.

c) Afirma que no artigo 224, ‘a’ não se está diante de uma situação de responsabilidade objetiva. “A equiparação legal não implica necessariamente na ausência do requisito de responsabilidade subjetiva. É inegável que o dolo deve cobrir os componentes da denominada presunção”²⁶⁶.

d) Que a questão de a presunção de violência ser absoluta ou relativa diz respeito ao dolo, pois está enraizado na população, independente do grau de instrução, que não se deve relacionar com menores de quatorze anos. “Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como incosequente ou leviana”²⁶⁷. Ainda menciona que a

²⁶³ Idem, p.7.

²⁶⁴ Idem, p.8.

²⁶⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=497675&num_registro=200100848163&data=20050411&formato=PDF

²⁶⁶ Idem p.3-4.

²⁶⁷ Idem, p.4

presunção é *iuris tantum*, admitindo em regra, **apenas** o *error aetatis*, conforme o art. 20, caput, do CP

E o Ministro Gilson Dipp, Em Recurso Especial 85.6794/SP,²⁶⁸ no seu voto ressalta que o comportamento pessoal da vítima não é óbice ao reconhecimento do caráter absoluto da presunção de violência. Outro argumento relevante apontado pelo ministro Dipp, são as seqüelas desses abusos sexuais para os menores de quatorze anos. Vale à pena transcrever essa passagem:

Sobre tais aspectos, há alentados estudos de ordem jurídica, social e psicológica, demonstrando que, em inúmeros casos, o trauma psicológico causado em crianças pequenas, por exemplo, que tenham sido obrigadas a manter relações sexuais, geralmente com pessoas integrantes da mesma família, são irreversíveis e, muitas vezes, consubstancia-se em trauma pior do que a violência física praticada, acompanhando a vítima pelo resto de sua vida. De um lado, cabe a ressalva de que há casos de violência ficta, nos quais o Ministério Público - justamente por se tratar de violência que já se presume pela própria idade da vítima, por exemplo - abstém-se da descrição de eventual violência real também ocorrida. Igualmente em relação ao Juiz, que muitas vezes condena pela violência presumida em função da idade, por exemplo - e não pela física também vislumbrada.

Por outro lado, a violência, em tais tipos de delito, não é apenas física, é também moral. A violência psicológica é, quase sempre, muito mais grave que a lesão física. Por isso, a aplicação do inciso I, do art. 224, do Código Penal não pode ser afastada, com base no comportamento pessoal da vítima.²⁶⁹

É um dos poucos votos que demonstra na sua argumentação preocupação com as vítimas, que se sensibiliza com os traumas psicológicos que essas carregaram consigo, pois são marcas que não se apagam. Como bem, disse o Ministro Dipp a violência psicológica é quase sempre pior que a física.

Por derradeiro, passa-se a colação de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que defendem a tese da **presunção relativa** da violência.

²⁶⁸BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=660514&num_registro=200601172331&data=20061218&formato=PDF

²⁶⁹ Idem p. 3-4.

No Recurso Especial 166210/ MG ²⁷⁰reconheceu-se o erro de tipo previsto no artigo 20 do Código Penal, pois a moça sendo desenvolta acarretara erro sobre a idade, sendo uma dificuldade para a condenação. Menciona o Ministro Félix Fischer: “Penso que há na verdade, um óbice para a condenação: a discussão sobre o erro acerca da idade – o que é relevante- e não tem relação com a afirmação de ser relativa, ou não, a violência presumida. É um óbice para que se possa condenar o réu.”²⁷¹

O erro de tipo invencível afasta o dolo, logo não há crime. Trata-se de uma excludente da tipicidade. Já o erro de tipo vencível afasta o dolo, mas persiste a culpa, se prevista em lei. O estupro e atentado violento ao pudor não prevêm a forma culposa, logo, mesmo que se tratasse de um erro vencível afastada restaria a tipicidade. Vale mencionar a lição de Mestieri:

Para a integração das formas típicas da *violência presumida*, o tipo subjetivo há de necessariamente abarcar o elemento objetivo especial. Assim, se nos afigura indispensável esteja presente, no tipo subjetivo, o *conhecimento* das circunstâncias previstas no art. 224, Código Penal. O erro, aqui, se escusável, exclui desde logo a tipicidade.²⁷²

Segundo Luis Flávio Gomes o reconhecimento do erro de tipo foi “a primeira fissura na (tradicional) doutrina da presunção absoluta de violência”.²⁷³ De há muito no Brasil a doutrina já era unânime pelo reconhecimento do erro de tipo, que recaia sobre a idade da vítima.

Também encontrado no Superior Tribunal de Justiça para relativizar a presunção de violência foi o argumento do **comportamento reprovável**, da vítima. No Recurso Especial 28.3995/TO da Sexta Turma,²⁷⁴ na fundamentação de seu voto o Ministro Hamilton Carvalhido transcreve parte do depoimento da vítima, onde essa menciona que não era mais virgem quando manteve relações sexuais com o réu, bem como do depoimento da mãe que relata que a filha teria comentado que consentira na relação sexual. Portanto, se baseia no fato

²⁷⁰BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800154000&dt_publicacao=08-03-1999&cod_tipo_documento=

²⁷¹ Idem, p.12.

²⁷² MESTIERI, João. Do Delito de Estupro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982. p.30-31.

²⁷³ GOMES, op. cit. p.61.

²⁷⁴BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=41404&num_registro=200001082434&data=20010924&formato=PDF

da vítima não ser mais virgem, ou seja, no seu comportameto anterior, havendo prova robusta no sentido da inexistênciada *innocentia consilii*.

Ao final, sustenta que não foi vontade do legislador na exposição de motivos do Código Penal, tornar a alínea a de presunção absoluta, justamente porque foi retirado da alínea 'a', expressão "não se admitindo prova em contrário", conforme testemunho de Nelson Hungria, que pertencia a Comissão Revisora e que no direito penal banuiu-se a responsabilidade objetiva.

Provavelmente o julgado mais interessante em sua argumentação foi o Recurso Especial 46.424/RO²⁷⁵ de 14/06/1994 de lavra do ilustre Ministro Luis Vicente Cernicchiaro, que foi o precursor na tese da inconstitucionalidade da presunção de violência, contida no artigo 224 do Código Penal

Do voto do distinto Ministro Cernicchiaro, cabe extrair esta valiosa lição:

A responsabilidade penal, consoante princípios constitucionais, é subjetiva. Não se transige com a responsabilidade objetiva e, muito menos, a responsabilidade pelo fato de terceiro.

Além do mais, conseqüência lógica, impõe-se a culpabilidade (sentido moderno do termo), ou seja, reprovabilidade ao agente da conduta delituosa.

Em conseqüência, não há, pois, como sustentar-se, em Direito Penal, presunção de fato. Este é fenômeno que ocorre no âmbito da experiência. Existe, ou não existe. Em conseqüência, não se pode punir alguém por delito, ao fundamento de que se presume que o cometeu. Tal como o fato (porque fato) o crime existe, ou não existe. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224, do Código Penal. Que se aumente a pena, ocorrendo as hipóteses ali inseridas, tudo bem. Presumir violência é punir por crime não cometido!

Em "Direito Penal na Constituição", São Paulo, RT, 1990, pág. 77, escrevi:

"Se a infração penal é indissolúvel da conduta, se a conduta reflete a vontade, não há como pensar o crime sem o elemento subjetivo.

O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substância da conduta delituosa.

Pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. Ação, vale repisar, no sentido material.

Conseqüência incontornável: é inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva.

O Código Penal, com a redação vigente da Parte Especial, adotou a linha moderna. Depois de reeditar que o crime é doloso ou culposos

²⁷⁵BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400094019&dt_publicacao=08-08-1994&cod_tipo_documento=

(art. 18), registra no art. 19: Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente".

E à p. 84:

"A Lei de Mercado de Capitais – Lei 4.728, de 14.07.65 – merece também referência específica. Estatui o art. 73, § 2º. A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores. Não se pode agir com afoiteza, pena decair-se na erronia de que integrar a administração da empresa acarreta responsabilidade penal se algum representante da entidade, agindo no interesse desta, ou através dela, incursionar no terreno da criminalidade.

A defesa da constitucionalidade da lei só encontrará ancoradouro seguro se respeitados os princípios que governam o Direito Penal.

Também aqui, há distinguir-se administrador que agiu ilicitamente do que se comportou conforme o Direito e do que sequer participou da atividade penalmente típica."

Pune-se, insistindo, pela conduta. Não porque o legislador pressupôs o fato.²⁷⁶

Foi da fundamentação desse acórdão que nasceu a tese da inconstitucionalidade do artigo 224, 'a' do Código Penal. O Ministro Cernicchiaro alegava que presunção absoluta da violência conflita com diretamente com o princípio constitucional da presunção de inocência. Pois a acusação só precisa provar que a vítima é menor de 14 anos, nada mais.

Também esbarra no princípio da culpabilidade nos seguintes pontos: o agente é considerado culpado pelo fato criminoso que cometeu, não pode ser responsabilizado penalmente por uma abstração, uma presunção criada pelo legislador (*nullum crimen sine actio*). O agente é condenado por um fato que não existiu no plano fático, apenas foi presumido pelo legislador.

Mas a argumentação mais encontrada no Superior Tribunal de Justiça, em defesa do caráter *juirs tantum* da presunção de violência foi o **consentimento da vítima**.

A poucos meses da revogação do artigo 224, a do Código Penal, no Habeas Corpus 88664/GO²⁷⁷, de junho de 2009, o desembargador convocado pelo STJ, Celso Limongi, ao proferir seu voto, não acompanhando o relator, propõe a relativização da violência trazendo

²⁷⁶ Idem p.3-4.

²⁷⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=881879&num_registro=200701876874&data=20090908&formato=PDF

novos argumentos, pois não adentra na vida pregressa da vítima, no seu comportamento social, tão pouco se era virgem ou não. Mas perquire sobre a validade de seu consentimento, e para defender a validade deste elenca os seguintes pontos:

- O direito penal precisa acompanhar a evolução social, a interpretação da lei penal deve se adaptar aos dias atuais, levando em conta os valores sociais para que as decisões judiciais sejam mais justas.

- A interpretação da lei deve ser realizada considerando todo o ordenamento jurídico brasileiro, assim o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser considerado, pois o mesmo estabelece no seu artigo segundo que o menor de 12 anos em diante pode ser responsabilizado penalmente através das medidas socioeducativas. Assim, “não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal”²⁷⁸.

- Menciona que o juiz não deve ser um intérprete literal da lei, mas deve se inquietar com a injustiça da lei²⁷⁹, fazendo uso do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Diante de todo o exposto, são perceptíveis as posições conflitantes tanto na doutrina quanto na jurisprudência, lembrando que na doutrina prevalecia a corrente de presunção relativa, embora com fundamentações distintas. E na jurisprudência das cortes superiores dominava o entendimento do caráter absoluto da presunção de violência em relação ao menor de quatorze anos, com fundamento na incapacidade de consentir do menor, mesmo que tenha havido a anuência do menor de quatorze anos em realizar o ato sexual, seu consentimento é inválido.

Com o propósito de encerrar esse conflito elaborou-se a lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, dentre outras alterações revogou o artigo 224 do Código Penal que cuidava das hipóteses de presunção de violência, eliminando do texto penal a tão polêmica violência presumida. Contudo, não houve uma *abolitio criminis*, já que o novo diploma penal criou o delito estupro de vulnerável, no qual as hipóteses de presunção de violência passaram a constituir elementos do tipo, mas não se confundem, como será exposto no próximo capítulo

²⁷⁸ Idem, p. 15

²⁷⁹ Em seu voto para ilustrar a injustiça da lei traz o seguinte exemplo: Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI!

Desse modo, abandonou-se o sistema da presunção, e a sua controvérsia deu lugar à ideia de vulnerabilidade, sendo inserido o crime de estupro de vulnerável para tais situações. Apesar disso, não eliminou as controvérsias anteriormente existentes, que hodiernamente gravitam na vulnerabilidade do menor de 14 anos.

CAPITULO III.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: SOB UM NOVO VIÉS HERMENÊUTICO

Não se pretende, realizar uma caracterização mecânica, mas reflexão sobre a polêmica presunção de violência, agora para alguns sob nova aparência: presunção da vulnerabilidade (absoluta ou relativa) e vulnerabilidade absoluta ou relativa do menor de 14 anos. Para isso, o foco será dois pontos controvertidos: o bem jurídico tutelado, verificando-se os desencontros da doutrina brasileira, para posteriormente propor-se um novo objeto de proteção à luz de uma hermenêutica constitucional; e a vulnerabilidade do menor de 14 anos e a (in)validade de seu consentimento.

3.1. Tipificação do Estupro de Vulnerável

Objetivando facilitar a compreensão do tipo penal, sucintamente serão abordados os elementos que compõem o estupro de vulnerável. Primeiramente, uma particularidade diz respeito à nomenclatura do delito, o legislador não nomeou o delito como pedofilia²⁸⁰, assim aquele que mantém relações sexuais com crianças não responderá pelo crime de pedofilia, embora popularmente assim conhecido. Não existe no ordenamento jurídico penal brasileiro esse tipo penal. Entretanto, essa conduta se amolda perfeitamente ao *caput* do artigo 217-A, do Código Penal, nova infração penal com *nomem iuris*, estupro de vulnerável, que possui a seguinte redação:

²⁸⁰ Pedofilia é uma perversão sexual que se apresenta pela predileção erótica por crianças, indo desde os atos obscenos até a prática de manifestações libidinosas, denotando graves comprometimentos psíquicos e morais dos seus autores. É mais comum entre indivíduos do sexo masculino com graves problemas de relacionamento sexual, na maioria das vezes por serem portadores de personalidade tímida, que se sentem impotentes e incapazes de obter satisfação sexual com mulheres adultas. Geralmente, são portadores de distúrbios emocionais que dificultam um relacionamento sexual normal. Há até os que se aproveitam da condição de membros ou participantes de entidades respeitáveis que tratam de problemas de menores. Quando em indivíduos de baixa renda, estes distúrbios quase sempre vêm acompanhados do uso de bebidas alcoólicas e, em muitos casos são de contatos incestuosos envolvendo filhos, enteados ou parentes próximos. Na maioria dos casos, a criança é ameaçada, submetendo-se a estes atos, temendo represália do adulto. Essa relação pode ser hetero- ou homossexual. Nos dias atuais, vem-se verificando um aumento assustador dessa anomalia, algumas delas associadas aos maus-tratos às crianças.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal, 7 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan.2004, p. 234.

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.²⁸¹

Assim, atualmente existem duas espécies de estupro no diploma penal brasileiro: o comum previsto no art. 213²⁸², e um específico, destinado aos vulneráveis. Conforme Leal e Leal o estupro de vulnerável deve ser visto como um tipo penal especial de estupro:

[..] a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menor de 14 anos deixou de ser uma simples modalidade do tipo penal comum de estupro para assumir a categoria de tipo penal com a marca da autonomia tipológica e denominação própria. A mudança, portanto, não se restringiu a um mero deslocamento do espaço normativo anteriormente ocupado (art. 224 e suas alíneas) para o espaço do novo art. 217-A do CP. Agora, o ordenamento penal passou a ser integrado por mais esta infração penal.²⁸³

Mas os mesmos guardam diferenças, destacando-se que enquanto no estupro comum o legislador utiliza o verbo constringer, que significa obrigar, forçar, compelir, e já traz implícita a idéia de violência ou grave ameaça; no estupro de vulnerável o legislador

²⁸¹ BRASIL. Decreto-Lei N°2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm

²⁸² Art. 213. Constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

²⁸³ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável. Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p.17-42, out-nov 2009: p 28-29.

propositadamente preferiu não utilizar o verbo *constranger*, justamente para afastar a polêmica da presunção de violência.

Optou por utilizar como núcleos do tipo o verbo *ter* e *praticar*, portanto, estabeleceu objetivamente que manter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com uma das vítimas vulneráveis²⁸⁴ constitui o crime. Conforme Marcão e Gentil:

Há quem queira vislumbrar um constrangimento implícito nesta figura criminosa, mas isso não é necessário, considerando que os núcleos do tipo são *ter* e *praticar*. O eventual constrangimento se esgota na elementar *vulnerável*, não vindo ao caso considerar se houve ou não um constrangimento real.

Com a definição desse tipo legal, o Código pretende encerrar a histórica polêmica acerca da presunção de violência, antes prevista no art. 224, quando o estupro e o atentado violento ao pudor fossem cometidos contra menores de catorze anos ou contra alienados ou débeis mentais, ou ainda contra quem, por outro motivo, não pudesse oferecer resistência. Como a discussão gira em torno de se tratar de presunção absoluta ou relativa, a fórmula do novo art. 217-A, criando um tipo penal autônomo, do qual não consta o elemento *constranger*, aparentemente elimina a dúvida sobre ser necessário o *dissenso* do vulnerável: tendo conjunção carnal ou com ele praticando outro ato libidinoso, o agente estará cometendo essa modalidade de estupro.²⁸⁵

Portanto, na primeira conduta *ter* (realizar), o agente (homem) mantém, conjunção carnal com pessoa vulnerável do sexo feminino, já na segunda conduta o agente (homem ou mulher) pratica (executa, exercita) outro ato libidinoso com pessoa vulnerável do sexo masculino ou feminino.

Monteiro de Barros bem observa uma lamentável lacuna na lei: “que não incrimina o fato de a pessoa vulnerável praticar o ato em si mesma, no agente ou num terceiro.”²⁸⁶ Em sentido contrário, Mirabete e Fabbrini sustentam que a preposição *com menor*, abrange os atos praticados pelo agente ou pela vítima²⁸⁷.

No dicionário de Latim a preposição *cum* apresenta o seguinte significado: “1. em companhia de; ao mesmo tempo que; e assim como; 2. Com ajuda de, com auxílio ou socorro

²⁸⁴A análise do conceito de vulnerabilidade no presente delito será abordado a seguir no item 3.3.

²⁸⁵MARCÃO; GENTIL; *op. cit.* p. 192.

²⁸⁶BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Crimes contra a dignidade sexual. Araçatuba, SP: editora MB, 2010, p.44.

²⁸⁷Ver MIRABETE; FABBRINI, *op.cit.*, p. 429.

de;”²⁸⁸. Pode-se fazer uma interpretação ampla no sentido de que o ato sexual é praticado em companhia de um menor de 14 anos, que pode consistir em um ato bilateral ou unilateral, havendo o delito quando o menor de 14 anos pratica um ato sexual em si mesmo, v. g. automasturbação. Realizar uma interpretação restritiva não reflete o espírito da política criminal adotada, e ademais para determinar a real aplicação de um crime sempre se deve olhar mais a *voluntas* do legislador e menos a letra da lei.

Teria demonstrado melhor técnica legislativa ou menos descuido o legislador nacional se tivesse acrescentado, como o legislador português, a locução “*com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa.*”²⁸⁹

A conjunção carnal, elemento normativo, é a penetração total ou parcial do órgão sexual masculino no órgão sexual feminino (cópula vagínica). Outros atos libidinosos²⁹⁰, também elemento normativo, entendendo-se como aqueles que vão desde os meros toques e tateios, a sexo oral até coito anal.

O beijo lascivo, na boca ou nas partes íntimas, bem como o apalpar ou tatear órgãos genitais de vulneráveis, conforme a doutrina e a hermenêutica jurisprudencial configuram estupro de vulnerável.²⁹¹

Outra questão a ser mencionada é sobre a exigência ou não do contato físico entre autor e vítima. O Ministro do STJ, Joel Ilan Paciornik, no Recurso Ordinário em Habeas

²⁸⁸SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo Dicionário Latino- Português. Etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc.* 10 ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier. 1993. p. 324.

²⁸⁹ PORTUGAL. Código Penal Português. Artigo. 172. Abuso sexual de crianças 1 - *Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 2 - Se o agente tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.*

²⁹⁰Libidinoso é o ato que se relaciona com o prazer sexual, em sentido semântico significa lascivo, dissoluto, devasso. Conforme LUNA, Ato libidinoso, objetivamente, é ato que ofende o pudor, o decoro ou a decência sexual; é ato sexualmente obsceno. Subjetivamente, é o ato movido pela lascívia (...). No ato libidinoso, deve haver um *contacto*, ou melhor, *uma aproximação corporal*. O ato libidinoso pode ser praticado: 1) *pela vítima* sobre o seu próprio corpo, sobre o corpo do agente ou sobre o corpo de um terceiro; 2) *sobre a vítima*, pelo agente ou por terceiro. LUNA, Everardo da Cunha. *Atentado violento ao pudor*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol.8, 1978, p. 375.

²⁹¹Nesse sentido vejam-se os seguintes acórdãos do STJ: AgRg no AREsp 746018 / DF; RHC 48429 / MG; AgRg no AgRg no REsp 1508027 / RS (inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, incluindo os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima.); HABEAS CORPUS 105673/ CE. (**3. É pacífica a compreensão desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o beijo lascivo pode constituir ato libidinoso diverso da conjunção carnal, hábil a caracterizar o delito descrito na anterior redação do art. 214 do Código Penal, em sua forma consumada.**) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1086165&num_registro=200800956938&data=20110919&formato=PDF

Em 2009 um turista italiano foi preso em flagrante na cidade de Fortaleza (ceará), por ter beijado na boca sua filha de 8 anos de idade e “acariciado as partes íntimas” da menina. O fato ocorreu na piscina do hotel em que estava hospedado.

Corpus 70.976/MS²⁹², afirma que: “A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.” Por todos, nesse sentido, menciona-se Prado que ao abordar o estupro de vulnerável cita como exemplo, de atos libidinosos a contemplação lasciva²⁹³. Em sentido contrário, Mayrink da Costa: “a mera contemplação do corpo humano desnudo, sem que o agente tenha praticado qualquer ato libidinoso, não tipifica o injusto de estupro.”²⁹⁴ Curiosamente Magalhães Noronha cita a contemplação lasciva, mas ao mesmo tempo afirma que é imprescindível o contato físico²⁹⁵.

Já a jurisprudência majoritária exige o contato físico,²⁹⁶ e coaduna-se com esse posicionamento. Entretanto, justamente no aludido Recurso Ordinário em Habeas Corpus 70.976/MS, julgado em 02/08/2016, manteve-se a condenação do agente por estupro de vulnerável, pela prática de contemplação lasciva²⁹⁷.

Para a realização objetiva do *caput* dessa nova infração penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. No caso do *caput*, tem importância a idade da vítima no momento em que é praticado o delito, pois se trata de um critério objetivo. Ressaltando, um detalhe importante, no art. 224, ‘a’, a vítima tinha idade igual ou inferior a

²⁹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1524661&num_registro=201601218385&data=20160810&formato=PDF

²⁹³ Ver Prado, *op. cit.*, p. 848. Mirabete e Fabbrini, *op. cit.*, p. 408; GRECO, *op. cit.*, p.497; NUCCI, *op. cit.*, p.50.: “Eventualmente, a consumação do estupro pode dar-se sem o contato físico, mas desde que exista a presença física. Ilustrando, o agente determina, sob ameaça de arma de fogo, a vítima que fique nua, para que ele se masturbe. Trata-se de ato libidinoso, sem contato físico direto, apto a configurar o crime de estupro.

²⁹⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: parte especial. Injustos contra a sociedade. vol. VI. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p.179.

²⁹⁵ NORONHA, *op. cit.*, p. 90.

²⁹⁶Ver os seguintes julgados: (AgRg no REsp 1.588.214/RS, relator Ministro Reinaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma do STJ, julgado em 23/08/2016); (Habeas Corpus 264.482RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma do STJ, julgado em 23/06/2015); (AgRg REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma do STJ, julgado em 28/02/2012).

²⁹⁷ O acórdão relata fato ocorrido por duas vezes, de uma menina de 10 anos ter sido levada por duas mulheres até o quarto de um motel, e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, dispensando-se a ocorrência do efetivo contato físico para a consumação do estupro de vulnerável. Em que pese, a referida decisão do Egrégio STJ, parece que no caso as duas mulheres deveriam ser condenadas pelo art. Art. 218, caput do CP, e quanto ao agente que satisfizes sua lascívia contemplando a nudez da menor de 10 anos deveria ter sido absolvido pela falta de contato físico. Não há dúvida que está ofendendo a dignidade sexual da menor, bem como o sadio desenvolvimento psíquico, mas não praticou um ato libidinoso, não tocou no corpo da vítima. Constando-se portanto, uma lacuna da lei.

14 anos, atualmente se considera apenas o menor de 14 anos²⁹⁸, ou seja, o menor até a idade limite de 13 anos, 11 meses e 29 dias.

A incriminação da conduta não repousa mais na polêmica questão da violência presumida, pois o injusto não exige a prática de violência ou grave ameaça, que, portanto, pode ou não ocorrer. Se presente a violência, grave ameaça ou fraude a doutrina diverge quanto a tipificação da conduta²⁹⁹. Coaduna-se com posição de Mirabete e Fabbrini, Victor Rios Gonçalves, que defendem que o crime praticado é o estupro de vulnerável³⁰⁰; realmente não teria sentido aplicar o artigo 213, pois se trata de vítima vulnerável; e ademais delito em apreço guarda uma relação de especialidade em relação aos crimes previstos nos artigos 213 e 215 cabendo ao juiz valorar esses meios empregados na fixação da pena.

Deste modo, não se exige o dissenso da vítima, isto é, mesmo que haja o consentimento da vítima menor de quatorze anos, “a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável”³⁰¹.

Nesse diapasão, Prado:

É de se notar que, ao contrário do delito de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, o dispositivo em análise não exige para sua configuração o manifesto dissenso da vítima expresso pela sua resistência à cópula carnal ou ao ato libidinoso, que somente é superada pelo uso da violência ou da grave ameaça.³⁰²

²⁹⁸ O legislador acredita-se, por equívoco deixou de prever a tipicidade do fato, se o crime for cometido no dia em que vítima completa 14 anos. Poderá haver no caso o estupro na modalidade simples, se houver o emprego de violência ou grave ameaça, pois também não se enquadrará na forma qualificada do art. 213 do CP. Se houver o consentimento da vítima na data em que completa 14 anos, o fato será atípico.

²⁹⁹ Se presente o emprego de violência física com vítima vulnerável, a doutrina diverge sobre a tipificação. Conforme Busato: “Caso a vítima ostente a condição de vulnerável e ainda exista a violência física propriamente, o caso será de estupro de vulnerável em concurso com a lesão corporal ou a ameaça perpetrada. Não se trata das modalidades qualificadas do estupro de vulnerável, porquanto aquela lesão corporal é produzida como efeito da relação sexual e não como meio para realizá-la”. (BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte especial 1. São Paulo: Atlas, 2014. p.834). Capez, entende que haverá o crime de estupro comum previsto no art. 213 do CP. (Capez, op. cit., p.82). No mesmo sentido Bitencourt, p.105.

³⁰⁰ Nesse sentido: GRECO, p. 534; MIRABETE e FABBRINI, p 428. Victor Eduardo Rios: “Caso haja emprego de violência física ou grave ameaça, por exemplo, contra uma criança de dez anos de idade para forçá-la ao ato sexual, haverá também crime de estupro de vulnerável e não a figura simples de estupro do art. 213, já que não faria sentido aplicar a pena mais grave do art. 217-A apenas para os casos em que não houvesse emprego de violência ou grave ameaça. Em suma, com ou sem o emprego de violência ou grave ameaça, o crime será sempre o de estupro de vulnerável se a vítima se enquadrar em qualquer das hipóteses do art. 217-A e seu §1º. (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Dos Crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.29.

³⁰¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. vol. III , 10 ed. Niterói, RJ: 2013, p.534.

³⁰² PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol 2: parte especial – arts 121 a 249. 11 edição. São Paulo: RT. 2013. p.848.

O elemento subjetivo geral do tipo é o dolo, isto é, consciência e vontade de praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa vulnerável. Assim, se no momento da ação, “o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo.”³⁰³

O elemento subjetivo especial do tipo é “o especial fim de *possuir sexualmente* a vítima (homem ou mulher), sabendo que é considerada vulnerável, sob pena de não se configurar essa infração penal”³⁰⁴, trata-se de um crime de tendência. O dolo pode ser direto ou eventual.

Se o agente não tiver conhecimento de que se trata de uma vítima vulnerável (v.g. menor de quatorze anos), haverá o erro de tipo (art. 20 do Código Penal)³⁰⁵, excluindo-se o dolo, o fato será atípico, pois não prevista a modalidade culposa.

Consuma-se o delito com a efetiva conjunção carnal, não importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade da ejaculação. E quanto à segunda parte do *caput*, consuma-se no momento em que o agente praticar outro ato libidinoso com a vítima. A tentativa é perfeitamente possível.

O delito será qualificado se da conduta resultar lesão corporal grave (§3º), ou morte (§4º). Há divergência doutrinária se trata-se de delito qualificado pelo resultado³⁰⁶ (há dolo na conduta (violência sexual) e dolo ou culpa quanto ao resultado); ou de crime preterdoloso, (o resultado só pode ser a título de culpa. Nucci considera qualificado pelo resultado e apresenta as seguintes situações:

a) Lesão corporal grave consumada + estupro consumado = o agente responde por estupro qualificado pelo resultado lesão grave (pena 10 a 20 anos)

b) Lesão corporal grave consumada + tentativa de estupro= o agente responde por estupro consumado qualificado pelo resultado lesão grave (aplicando-se a Súmula 610 do STF).

Aplicam-se as causas de aumento de pena previstas no artigo 226, inciso I e II, e artigo 234-A, inc. III e IV do Código Penal.³⁰⁷ Trata-se de ação penal pública incondicionada³⁰⁸

³⁰³ GRECO, Rogério. *op. cit.*, p.533.

³⁰⁴ BITENCOURT, *op. cit.* p. 113.

³⁰⁵ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

³⁰⁶ Entendimento defendido por Nucci. Ver: Código Penal Comentado, 13 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.977-978. No mesmo sentido Bitencourt. *op. cit.*, p.115; Mirabete e Fabbrini, *op. cit.*, p.431. Em sentido contrário entendendo que trata-se de crime preterdoloso GRECO, Rogério. *op.cit.*, p.541; PRADO, *op. cit.*, p.850; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, *op. cit.*, p. 30.

³⁰⁷ Art. 226. A pena é aumentada: I- de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

devido a vulnerabilidade da vítima. Ressalte-se ainda, que se cuida de crime hediondo³⁰⁹, tanto na modalidade simples quanto qualificadas, nos termos do art. 1º, VI da Lei 8.072/1990.

3.2. A divergência sobre o bem jurídico tutelado para o menor de 14 anos

A análise do bem jurídico tutelado é da mais alta relevância, pois a missão do direito penal é proteger os bens mais importantes para a sociedade. Além disso, o cerne da presente pesquisa é verificar se a vulnerabilidade deve ou não ser relativizada para os menores de 14 anos, e para isso, fundamental é a identificação e a compreensão de qual ou quais bens jurídicos são protegidos. A opção quanto à tutela do objeto jurídico tem estreita relação com a possibilidade ou não de relativizar a vulnerabilidade.

Não são poucas as controvérsias quando se trata de identificar o bem jurídico tutelado nas ofensas sexuais contra crianças e adolescentes e vulneráveis. Conforme Greco e Rassi³¹⁰, o bem jurídico tutelado no campo penal em relação aos menores de idade é objeto de grande polêmica, pelo menos sob dois elementos complicadores para a categorização do delito, a moral social incide mais em relação ao menor; e se seu consentimento é válido ou não.

A seguir, se verificará qual ou quais bem jurídicos são apontados pelos principais doutrinadores do direito penal brasileiro na atualidade.

Inserido no Título VI- Dos Crimes contra a Dignidade Sexual, o crime de estupro de vulnerável tem como macro bem jurídico justamente a dignidade sexual das vítimas vulneráveis. Como já referido alhures, a dignidade sexual é corolário da dignidade da pessoa humana. No caso do *caput* do artigo 217-A, vítima menor de quatorze anos, o macro bem jurídico é, portanto, a dignidade sexual infanto-juvenil.

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: III - de metade, se do crime resultar gravidez; e; IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

³⁰⁸ Art. 225, Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

³⁰⁹ No Brasil existe a Lei 8.072 de 1990, (com redação da Lei 12.015/2009) que elenca um grupo de crimes que consideram hediondos. Ou seja, na verdade, não existe um crime chamado 'hediondo'. Semanticamente o termo Hediondo significa repugnante, vil, abjeto, que provoca reação de grande indignação moral; ignóbil, pavoroso, repulsivo na sociedade. Os crimes hediondos, do ponto de vista da criminologia sociológica, são os crimes que estão no topo da pirâmide de desvalorização axiológica criminal, devendo, portanto, ser entendidos como crimes mais graves, mais revoltantes, que causam maior aversão à coletividade.

³¹⁰ Ver GRECO, RASSI, p.71.

“Converge a doutrina na identificação da dignidade sexual como bem jurídico mediato em todos os crimes sexuais; questão, porém menos pacífica é a determinação do bem jurídico imediato tutelado nos crimes sexuais contra vulnerável”.³¹¹ Exatamente porque existem duas correntes sobre a presunção de vulnerabilidade na doutrina brasileira, percebe-se diversas explicações sobre o objeto jurídico.

Para Nucci é possível a relativização da vulnerabilidade, ou seja, o consentimento do maior de 12 anos e menor de 14, em alguns casos pode ser considerado como válido. Nessa perspectiva, para o ilustre doutrinador o bem jurídico “é a dignidade sexual, na órbita da proteção à liberdade sexual do vulnerável. [...] Constitui crime de dano, pois afeta o bem jurídico *liberdade sexual*, além de ser apto a afetar a formação sexual da criança ou do jovem”.³¹²

No mesmo sentido, Estefam:

A proteção penal volta-se à liberdade sexual e ao pleno desenvolvimento das pessoas vulneráveis, ou seja, aqueles que, em face de alguma condição pessoal (transitória ou perene), não dispõem de forças ou de compreensão para resistir a um ataque contra a sua dignidade sexual.³¹³

Sob uma perspectiva constitucional Monteiro aponta primeiramente como bem jurídico a liberdade sexual dos vulneráveis, pois “a liberdade não pode ser afastada do âmbito de proteção da norma em análise, pois do contrário estar-se-ia a afrontar a autonomia humana, inerente à sua dignidade,”³¹⁴ e secundariamente a formação da personalidade sexual, ressaltando que a liberdade sexual do estupro de vulnerável deve ser mais ampla abarcando o abuso da situação de vulnerabilidade. Justamente, porque defendem a relativização da presunção de vulnerabilidade, esses autores apontam a liberdade sexual como objeto jurídico

Mas ao se afirmar que o bem jurídico é a liberdade sexual, indaga-se: Diante da redação do *caput* do art., 217-A, qual ou que liberdade sexual o menor de quatorze anos dispõe? O tipo penal estupro de vulnerável não concede ao menor de quatorze anos a liberdade de se relacionar sexualmente, pois diante de sua formulação textual, basta ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com o menor de quatorze que o delito estará caracterizado. Nessa linha de pensamento Bitencourt:

³¹¹ MONTEIRO. *op. cit.* p. 77

³¹² NUCCI. *op. cit.* p. 106.

³¹³ ESTEFAM, *op. cit.* p. 64

³¹⁴ MONTEIRO, *op. cit.*, p.80.

Na realidade, na hipótese de *crime sexual contra vulnerável* não se pode falar em **liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade**. Na verdade, mais que proteger a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz (**que, sabidamente, não existe nessa hipótese**), a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir conscientemente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual; para que tenha em outros termos, serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto à sua opção sexual. [sem grifo no original]³¹⁵

Deste modo, para Bitencourt³¹⁶, no estupro de vulnerável o bem jurídico mediato é a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental que não tenha capacidade de discernir a prática do ato sexual, e o bem jurídico imediato é o desenvolvimento normal de sua sexualidade, sem traumas psicológicos.

Nesse diapasão, Busato: “O bem jurídico, aqui, de modo algum pode ser considerado a liberdade sexual. Fosse assim, haveria uma grave contradição, já que existe presunção absoluta de que o vulnerável não pode proteger-se sozinho do ataque contra ele projetado, o que significa que não possui tal liberdade”³¹⁷.

Na trilha do mesmo pensamento, Munõz Conde: “Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida em libertad su comportamiento sexual.”³¹⁸ Igualmente, Ishida “não há que se falar em liberdade sexual do vulnerável, pois o CP torna ilícito qualquer ato libidinoso com pessoa desta qualidade.”³¹⁹

Para tanto, afigura-se oportuna a transcrição da lição dos doutrinadores italianos Fiandaca e Musco:

³¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.99.

³¹⁶ Para o autor nos crimes constantes dos demais capítulos, do mesmo Título, a dignidade sexual é o bem jurídico mediato, considerando que cada um desses tipos tem seu próprio bem jurídico imediato.

³¹⁷ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte especial 1. São Paulo: Atlas. 2014, p. 834.

³¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Direito penal – Parte Especial, 15 ed., Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 207. Tradução livre: Mais que a liberdade do menor ou incapaz, que obviamente não existe nesses casos, pretende-se, na hipótese do menor, proteger sua liberdade futura, ou melhor, dito, a normal evolução e desenvolvimento de sua personalidade, para que quando seja adulto decida livremente seu comportamento sexual

³¹⁹ ISHIDA, Valter Kenji. Curso de Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Atlas:2010,p.422.

[..] in una situazione normativa di dissenso presunto, il bene giuridico protetto non può essere identificato nella libertà sessuale del minore, considerata dal legislatore medesimo indisponibile, quanto piuttosto nell'interesse ad uno sviluppo naturale e normale della sua personalità sul terreno sessuale.³²⁰

Também Marcão e Gentil, discordam que a liberdade sexual seja o objeto jurídico.

Asseveram:

Tutela-se, de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito.³²¹

Para os referidos autores, o bem jurídico preponderante é a dignidade sexual, e o bem jurídico secundário a própria vulnerabilidade. Faria e Vianna, discordam desse entendimento:

Acreditamos ser o bem jurídico do art. 217-A, assim como a matriz dos bens jurídicos pelos crimes do Tít. VI, não “a vulnerabilidade” da criança e do adolescente tampouco uma indefinida e ampla “dignidade sexual”, mas sim, a autodeterminação sexual. [...] Para os adolescentes que não formaram sua capacidade de consentimento antes dos catorze anos, a norma do 217-A é perfeita, pois protege seu desenvolvimento cognitivo, hormonal e psicológico no que se refere à sexualidade, buscando garantir que o adolescente se desenvolva sem os traumas que poderiam ser causados pela atividade sexual fora de seu tempo ideal.³²²

Os referidos autores mencionam que a autodeterminação sexual, principalmente na Alemanha, garante simultaneamente a liberdade sexual do indivíduo e a proteção desta, sendo, portanto, mais ampla que a pura liberdade sexual. Mas se esse bem jurídico engloba a tutela da liberdade sexual, então se depara com o mesmo questionamento já realizado: diante

³²⁰ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Diritto penale parte speciale. Volume II, tomo primo. I delitti contro la persona. Quarta edizione. Bologna: Zacinelli editore. 2013. p.257-258.

Tradução Livre: Numa situação normativa de presumido dissenso, o bem jurídico protegido não pode ser identificado na liberdade sexual do menor, considerada pelo legislador mesmo indisponível, mas sim no interesse de um desenvolvimento natural e normal de sua personalidade no terreno sexual.

³²¹ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes Contra a Dignidade Sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p.33

³²²FARIA, Alécia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Moralidade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 118. Ano 24. p.15-54. São Paulo: RT, jan-fev. 2016. p.41.

da redação do art. 217-A qual liberdade sexual o menor possui? Ou agora: Qual capacidade de autodeterminar-se possui?

Corroborando esse pensamento veja-se a lição de Garrido Mont:

La menor edad de la víctima como elemento del delito de violación se funda en la ausencia de capacidad para autodeterminarse en materia sexual. [...]

Se sostiene que la concreción del delito con una persona menor de 14 años importa la lesión de su libertad de autodeterminación sexual, además de la afectación de su indemnidad sexual, siendo la duplicidad de bienes jurídicos la razón justificante de la calificación; pero resulta difícil aceptar que los menores de 14 años cuenten con capacidad de autodeterminarse en materia sexual, siendo precisamente éste el fundamento que justifica el establecimiento de la causal. No es factible entender que se pueda llegar a afectar una facultad que se afirma inexistente.³²³

Nas lições de Mirabete e Fabbrini, no estupro de vulnerável, “tutelam-se como aspectos da dignidade sexual, o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoas que a lei considera mais vulneráveis ao abuso sexual.”³²⁴

Fazem menção que aos menores do *caput*, “o objeto central de tutela é o desenvolvimento sexual do menor de 14 anos, presumindo a lei, de forma absoluta, que não tem ele a maturidade necessária para manter com liberdade relações de natureza sexual.”³²⁵.

Em relação às vítimas vulneráveis em razão de enfermidade ou deficiência mental estende a mesma proteção, pois também não possuem o discernimento mínimo esperado, já para a pessoa que se encontra incapacitada, por qualquer outra forma, tutela-se a liberdade sexual, pois independente de sua maturidade sexual, encontra-se impossibilitada de opor resistência.

Quanto às vítimas vulneráveis, menores de quatorze anos, Damásio de Jesus menciona que “quanto a estes, procura a lei salvaguardá-los do ingresso precoce na vida sexual, defendendo sua inocência e candura e, sobretudo, seu progressivo e gradual

³²³MONT, Mario Garrido. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. 4 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. P. 289-290. Tradução livre: A menoridade da vítima como elemento do delito de violação, se baseia na falta de capacidade de auto-determinação em matéria sexual. [...] Argumenta-se que a realização do crime com uma pessoa com menos de 14 anos, importa o prejuízo da sua liberdade de autodeterminação sexual também a afetação de sua indenidade sexual sendo a duplicidade de bens jurídicos a razão justificante da qualificação, mas é difícil aceitar que menores de 14 anos contem com capacidade de autodeterminar-se em matéria sexual, sendo precisamente este o fundamento que justifica o estabelecimento causal. Não é viável (inviável) entender que se pode chegar a afetar uma facultade que se diz inexistente.

³²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, vol. 2: parte especial, arts 121 a 234-B do CP. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 426.

³²⁵ MIRABETE, *op. cit.* p. 427.

amadurecimento.³²⁶ E quando se refere às vítimas vulneráveis por enfermidade ou deficiência mental afirma que a objetividade jurídica reside em sua intangibilidade sexual. Já os que não possuem, por qualquer causa, capacidade de resistência “o objeto jurídico é, nesse caso, a salvaguarda de sua intangibilidade sexual e, em outro plano, sua liberdade de autodeterminação (comprometida em razão de sua absoluta incapacidade de resistir).”³²⁷

Note-se, que o autor não faz referência à intangibilidade sexual aos menores de quatorze e somente as vítimas vulneráveis elencadas no §1º do artigo 217-A, do Código Penal.

Prado entende que se visa “preservar a liberdade sexual em amplo, **especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual** das pessoas vulneráveis, assim entendidas aquelas que não têm suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere à prática de qualquer ato sexual.”³²⁸

Greco aponta como bens juridicamente protegidos a dignidade e liberdade sexual, como também o desenvolvimento sexual. Mas sendo adepto da corrente da vulnerabilidade absoluta, não parece coerente afirmar que a tutela seja da liberdade sexual, pois em trecho de sua obra assim coloca: “A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais.”³²⁹ Também Mayrink da Costa aponta a liberdade sexual e “a proteção do desenvolvimento sexual quando se trata de criança ou adolescente até os 14 (catorze) ano de idade.”³³⁰

E ainda, Costa Jr, “é a tutela da dignidade, da liberdade e da formação sexual sadia dos menores de catorze anos e, ainda, a dignidade e a liberdade sexual das demais pessoas que a lei tem por vulneráveis. Visa-se à proteção da moralidade sexual da coletividade, também.”³³¹

Há coerência em reconhecer como objeto jurídico a liberdade sexual, para os que defendem a presunção relativa da vulnerabilidade ou vulnerabilidade relativa, pois aí se trata de um bem jurídico disponível, mas não em sentido contrário. Como bem esclarece Bitencourt, na atual redação do *caput* do estupro de vulnerável, não há a disponibilidade para o menor exercitar dessa liberdade sexual.

³²⁶ JESUS, Damásio. *op. cit.* p. 159.

³²⁷ Idem *ibidem*.

³²⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol 2: parte especial – arts 121 a 249. 11 edição. São Paulo: RT. 2013 p.847. [sem grifo no original]

³²⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. . vol. III , 10 ed. Niterói,RJ: 2013, p.539

³³⁰ COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: parte especial. injustos contra a sociedade. Vol. 6. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense, 2010, p. 174.

³³¹ COSTA JR., Paulo José; COSTA, Fernando José da. Curso de Direito Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 686.

Portanto, no que tange ao estupro de vulnerável, a maioria dos doutrinadores reconhecem a dignidade sexual como bem jurídico mediato, mas quanto ao objeto imediato do menor de 14 anos há uma diversidade de entendimentos na doutrina, sendo pelo menos seis identificados: 1) liberdade sexual do vulnerável; 2) a própria vulnerabilidade; 3) o desenvolvimento normal da personalidade (sexualidade sadia); 4) ingresso precoce na vida sexual; 5) intangibilidade sexual, e 6) autodeterminação sexual.

Percebe-se que hodiernamente na doutrina penal brasileira não há um consenso sobre o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 217-A. Passa-se agora, a análise da intangibilidade sexual do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, que a nosso ver é o bem jurídico que a norma buscou tutelar.

3.2.1 A Intangibilidade Sexual

A primeira tarefa é precisar o significado de intangibilidade. No dicionário Aurélio de língua portuguesa, o vocábulo intangibilidade diz apenas “qualidade de intangível”, portanto, remete ao vocábulo intangível que significa: “1. Em que não se pode tocar; impalpável, intátil, intocável. 2. Em cuja a reputação não se pode tocar, inatacável, ilibado, intocável.”³³² No dicionário de língua portuguesa Houaiss, tem-se a seguinte acepção do vocábulo intangibilidade: “característica do que é intangível; intactilidade, intatibilidade”. Portanto, verificou-se a palavra intangível “1. Que não se pode tanger, tocar, pegar; intocável. [...] 4. Que, por seu valor e dignidade, não pode ser atacado e deve permanecer intato, inalterado; inatacável, indestrutível.”³³³

Esse último sentido que é pertinente ao presente trabalho, ou seja, que o menor de 14 anos, pelo seu valor e pela sua dignidade, não deve ser atacado, deve permanecer inviolável sexualmente.

No direito penal italiano no crime de *atti sessuali con minorenne* (art. 609-*quater*) de seu código penal, também se prevê a menoridade sexual para o menor de 14 anos. Reza o artigo 609- *quater*:

³³² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2010.p. p.1169.

³³³ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.1093.

Compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:

1) non ha compiuto gli anni quattordici;

2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza".³³⁴

Trata-se de delito italiano homólogo ao estupro de vulnerável, pois não faz referência ao emprego de violência física, ameaça ou fraude, basta que o agente realize ato sexual com pessoa, que no momento do fato não tenha completado 14 anos, pouco importando para a caracterização do delito se há ou não o consentimento do menor.

Desta feita, a doutrina penal italiana é unânime quanto ao bem jurídico tutelado para os menores de 14 anos: *intangibilità sessuali del minorenni*.

Para elucidar a intangibilidade sexual do menor, transcreve-se a lição de Macrí:

L'intangibilità sessuale dei minorenni (o libertà sessuale negativa), viceversa, deve essere intesa come il diritto di un soggetto a non interrelazionarsi sessualmente con altri, non avendo il minore raggiunto una determinata soglia anagrafica che ne faccia presumere- con giudizio normativo inevitabilmente approssimativo, come nel caso delle norme sull'imputabilità dei minori – la capacità di vivere in modo consapevole le attività sessuali intraprese.³³⁵

Para o direito penal italiano a intangibilidade sexual consiste no direito que o menor de idade tem de não se relacionar sexualmente, porque este menor não alcançou ainda a capacidade de consentir sobre as atividades sexuais. E continua Macrí:

Per quanto riguarda gli atti sessuali con minorenni, in essi vanno fatti rientrare le attività sessuali consensuali con soggetti la cui età, per valutazione normativa, li rende incapaci di vivere in modo consapevole o comunque paritario l'interrelazione sessuale con il soggetto agente.[...] Volendo istituire un parallelo con le aggressioni sessuali indirette / abusi sessuali, si può affermare che in entrambi i casi l'ordinamento presume la non validità del consenso del minorenni al di sotto di determinati limiti anagrafici, difettando la capacità dello stesso di percepire adeguatamente la natura e/o le conseguenze delle interrelazioni sessuali, per cui si configura una sorta di 'abuso sessuale in re ipsa'. Generalmente, invero, le

³³⁴ ITALIA, Codice Penale O crime de *atti sessuale con minorenni* será melhor detalhado no capítulo V.

³³⁵ MACRÌ, Francesco. Verso un nuovo diritto penale sessuale : diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia. Firenze : Firenze University Press, 2010. p.4.

legislações fixam uma soglia de intangibilidade sexual absoluta do menor, para a qual se estabelece uma determinada idade (normalmente fixada entre os treze e os dezesseis anos) qualquer atividade sexual praticada com o menor é penalmente ilícita.³³⁶

Portanto, considera-se normativamente, que o consentimento dos menores é inválido, pois não possuem capacidade de discernir adequadamente a natureza e as consequências das relações sexuais. Praticamente todas as legislações estabelecem um limite etário absoluto para o consentimento, que varia de acordo com cada ordenamento jurídico, que conforme Macrí normalmente alterna entre 13 a 16 anos, sendo que abaixo dessa idade limite o menor é intangível sexualmente, isto é, inviolável.

Mantovani na análise do delito de *atti sessuali con minorenni* aponta as motivações que levam a adoção da intangibilidade sexual como bem jurídico:

Invero, come già accennato, il disvalore degli atti sessuali sta, rispetto al maggiorenne, non ovviamente nell'atto sessuale in sé, ma nel *mezzo* (violenza, abuso, frode) e, quindi, nella *non consensualità libera*, onde il loro corretto inserimento tra i *reati contro la libertà*. Rispetto al minorenni tale disvalore sta, invece, nella *precocità del fatto sessuale*, in quanto destabilizzante, aprendo la porta ad un mondo di emozioni che l'adolescente non sa gestire, e perché capace – come insegnano le competenti scienze – di pregiudicare il normale sviluppo e la graduale maturazione della personalità sotto il profilo affettivo e psicossessuale: il suo diritto ad una crescita equilibrata anche nella sessualità. **Essendo, que, l'oggetto giuridico la c.d. intangibilità sessuale.**[..] Invero, il ravvisare il bene da tutelare nell'intangibilità sessuale a salvaguardia del regolare sviluppo della personalità del minore priva di fondamento quelle proposte, avanzate in corsi di riforma, in nome della libertà sessuale anche del minore, di una presunzione non assoluta, ma relativa, o addirittura di nessuna presupposizione di incapacità di un valido consenso anche dell'infraquattordicenne.³³⁷

³³⁶ MACRÍ, *op. cit.*, p.6. Tradução livre: Quanto aos atos sexuais com menores, neles trata-se de regressar as atividades sexuais consensuais com pessoas cuja idade, por avaliação normativa, os torna incapazes de viver de forma consciente ou de qualquer modo equitativo as inter-relações sexuais com o agente.[..] Querendo estabelecer um paralelo com as agressões sexuais indiretas/ abusos sexuais, pode-se afirmar que em ambos os casos o ordenamento presume a invalidade do consentimento do menor abaixo de determinados limites cronológicos, sem a capacidade do mesmo de perceber adequadamente a natureza e/ou as consequências das inter-relações sexuais, por isso se configura uma espécie de "abuso sexual in re ipsa". Geralmente, de fato, as legislações estabelecem um limite absoluto da intangibilidade (inviolabilidade) sexual de menores, em que abaixo de uma determinada idade (normalmente fixadas entre treze e dezesseis) qualquer atividade sexual realizada com menores é penalmente ilícita.

³³⁷MANTOVANI, F. Diritto Penale. Parte Speciale I- Delitti contro la persona. 5 ed. CEDAM, 2013. p.371.

Através da intangibilidade sexual, busca-se proteger o menor de uma iniciação sexual precoce para a qual não está preparado psicologicamente, salvaguardando um desenvolvimento saudável de sua integridade física e psíquica. Na lógica do sistema normativo italiano não poderá figurar como bem jurídico para o menor de 14 anos a liberdade sexual ou a liberdade de autodeterminação.

Nesse sentido, destaca-se a elucidativa explicação de Mantovani sobre a impossibilidade de ser a liberdade sexual o bem jurídico a ser tutelado para os menores de quatorze anos:

Rispetto allá fattispecie degli atti sessuali con l'infraquattordicenne, non nell'asserita libertà, bensì nell'*intangibilità sessuale*. Sia in forza della stessa **logica del sistema normativo**, essendo inconciliabile la pretesa libertà di autodeterminazione di tale minore con l'irrelevanza, secondo lo stesso art. 609 *quater*, del suo prestato consenso o della stessa sua avanzata richiesta del rapporto sessuale;³³⁸

Macri menciona no direito penal italiano uma subdivisão da intangibilidade sexual do menor em: intangibilidade sexual absoluta e relativa. Sendo que a primeira se refere ao art. 609- *quater* I, n. 1, ou seja, menores de 14 anos, e a intangibilidade sexual relativa art. 609- *quater* I, n. 2, em relação aos maiores de 14 anos.

Si può poi suddividere il sunnominato bene giuridico protetto in intangibilità sessuale assoluta, quando al di sotto di una certà età del minore (in Italia quattordici anni) si pone un divieto rivolto a chiunque di realizzare attività sessuali con lo stesso, ed intangibilità sessuale relativa, quando in una determinata fascia anagrafica superiore a quella di cui sopra (ad esempio in Italia tra i quattordici e i sedici anni) si pone un divieto di interrelazionarsi sessualmente col minore valido solo per determinate categorie di soggetti, i quali normalmente, in ragione del particolare rapporto che hanno col minore, si presume non possano instaurare una relazione sessuale paritaria con lo stesso.³³⁹

Oportuno, referir que mesmo aqueles que adotam essa subdivisão não há na doutrina italiana polêmica sobre relativizar a intangibilidade sexual absoluta. A maioria dos autores não faz essa subdivisão, apontando para os maiores de 14 anos como bem jurídico tutelado a liberdade sexual. Cabe mencionar que se um maior de idade (desde que revestido de certas

³³⁸MANTOVANI, F. *op.cit.*, p.426.

³³⁹MACRÌ, *op. cit.*, p. 4

qualificações v.g. confiança ou autoridade) praticar ato sexual com adolescente, maior de 14 anos há o delito.

Por sua vez, no direito penal espanhol Munõz Conde, traça as diferenças entre liberdade sexual, intangibilidad ou indenidad³⁴⁰ sexual e outros possíveis bens jurídicos não mencionados diretamente na rubrica do Título VIII do Código Penal Espanhol, mas que indirectamente também configuran como bens jurídicos tutelados:

Pero en el Título VIII hay también otros delitos que no se pueden explicar como delitos contra la libertad sexual. Sucede esto sobre todo con los delitos sexuales que recaen sobre menores o incapaces (abusos sexuales, delitos de exhibicionismo obsceno y difusión de pornografía entre menores o incapaces, y los relativos a la prostitución y corrupción de menores o incapaces). El problema especial que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar ya de la ‘libertad sexual’ como bien jurídico específicamente protegido en ellos, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por ej., menor de trece años, oligofrénico profundo, etc.) es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Actualmente, en nuestro ámbito **cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la ‘intangibilidad’ o ‘indemnidad’ que frente a la sexualidade de terceros deve otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, em le caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual;**[...] Por supuesto, en esta materia existen muchos ‘tabúes’ y no siempre son fáciles de explicar las razones de esta ‘intangibilidad’ o ‘indemnidad’. Con el criterio de la ‘libertad sexual’, a lo más que podría llegarse es a prohibir el ejercicio de violencia o intimidación con estas personas con el fin de realizar actos sexuales; pero si se quiere prohibir algo más o incluso la sexualidade como tal con dichas personas, aun sin ser contraria a la voluntad del afectado, entonces hay que utilizar otros criterios que están más allá de lo que se entiende por ‘libertad sexual’. Esto es, en definitiva, lo que ha venido a reconocer la nueva rubrica del Título VIII, al incluir la referencia a la ‘indemnidad sexual’ en pie de igualdad con ‘libertad sexual’.³⁴¹

³⁴⁰No Diccionario Esencial de la Lengua Española de la Real Academia Española encontra-se o verbete indemnidad:1; Estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio. p.815. Tradução livre: estado ou situação de quem está livre de dano ou lesões.

³⁴¹MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, 15 ed. Valencia:Tirant lo blanch. 2004, p. 206-207.

Como se percebe também no direito penal espanhol se verifica a importância de tutelar a evolução e o desenvolvimento da personalidado do menor, sendo incompatível considerar em matéria sexual que o bem jurídico tutelado para os menores seja a liberdade sexual.

Sobre a origem do conceito de indenidade sexual, Ripollés menciona que deriva da influência da doutrina italiana:

Un claro precedente del término ahora legalmente acuñado es el de *intangibilidad sexual*, introducido en la doctrina española por influencia de la italiana a fines de los setenta e inicios de los ochenta, y que expresaría una extendida opinión social em virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ella concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. [...] Este concepto, no obstante, se há ido paulatinamente estimado, de un modo no del todo correcto, sinónimo del de *indemnidad sexual*, que es el que finalmente ha predominado.³⁴²

Atualmente prevalece no direito penal espanhol o entendimento que indenidade sexual e intangibilidade sexual são sinônimas, pois a própria Exposição de Motivos da Lei Orgânica. 11/99 da reforma do Título VIII as equipara.

Indenidade sexual indica que o menor é protegido de qualquer ataque sexual, que tem o direito de estar isento, livre de qualquer dano de ordem sexual.

Ainda, Muñoz Conde explicita em que consiste o termo indenidade sexual dos menores:

a) En el caso de los *menores*, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar a la evolución y desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro. Ciertamente es que no está comprobado científicamente que ello sea así e incluso, cuando la sexualidad no es ejercida con violencia, se dice precisamente lo contrario: que favorece el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras; pero actualmente se extiende cada vez más **una tendencia a prohibir y sancionar penalmente cualquier relación de carácter sexual con menores**, a los que prácticamente hasta la mayoría de edad (o incluso, para algunos, hasta el matrimonio) se pretende apartar del ejercicio de la sexualidad como algo pecaminoso o que puede pervertirlos. **Actualmente, la sexualidad con**

³⁴²DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. Revista de Derecho Penal y Criminología. Espanha, Madrid, 2ª época, n. 6, p. 69-101, jul. 2000. p. 80.

menores está oficialmente proscrita y es considerada como una “grave aberración sexual” (y, como tal, así descrita em los manuales de Psiquiatría como patologías mentales con los nombres de ‘pederastia’, ‘pedofilia’, etc.), y es castigada con dureza em la mayoría de los Códigos penales de todo el mundo.³⁴³

Portanto, verifica-se na lição de Muñoz Conde que atualmente é uma tendência proibir e sancionar gravemente qualquer relação sexual com menores de idade (conforme a idade estabelecida na legislação de cada país).

Ao tratar do delito homólogo ao estupro de vulnerável na legislação penal espanhola, abuso sexual (artigo 181, 2), aponta como bem jurídico tutelado do menor de 13 anos, a intangibilidade ou indemnidade sexual: “es decir, la exclusión del menor o incapaz como sujeto de una relación sexual [...] y que, de acuerdo com el art. 181,2, se consideren em todo caso abusos sexuales no consentidos ‘los que se ejecuten sobre menores de trece anos.’”³⁴⁴

Veja-se que ao contrário do preconizado pela doutrina brasileira que levanta a bandeira da redução da idade de consentimento para doze anos, isto é, acompanhando o critério etário estabelecido no ECA, na Espanha realizou-se justamente o inverso, elevou-se a idade da maioridade sexual de 12 anos para 13 anos. “E aprovou em 2013 uma alteração legislativa para aumentar a idade de consentimento de 13 para 16 anos, abaixo da qual há presunção de ocorrência de estupro.”³⁴⁵

Quanto a controvérsia sobre a relativização dessa idade, veja-se a lição de Muñoz Conde:

La edad a que se refiere el Código es la física. Se trata aqui de una presunción que no puede ser invalidada por una prueba en contrario de que existe capacidad de autodeterminación. El Código presume ‘*ius et de iure*’ que existe abuso siempre que se realiza un acto de contenido sexual con persona menor de trece años de edad.³⁴⁶

Entretanto, deve-se mencionar que hodiernamente no direito penal espanhol a doutrina divide-se quanto ao bem jurídico tutelado, de um lado os adeptos da intangibilidade (indenidade) sexual, de outro os defensores da liberdade sexual do menor. Sánchez Tomás elucida sobre essa divisão doutrinária espanhola:

³⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *op. cit.*, p.207-208.

³⁴⁴ Idem, p. 223.

³⁴⁵ FARIA; VIANNA. *op. cit.*, p.31

³⁴⁶ Idem, p. 224.

Así pues, la doble opción doctrinal que se nos presenta es la siguiente: a) entender que dichos sujetos si gozan de libertad sexual, pero que la ley presume de modo *iuris et de iure* que no está facultada para ejercerla, por lo que en última instancia sí puede ser lesionada la libertad sexual a través de una ficción normativa, y b) entender que dichos sujetos no gozan de libertad sexual al ser presupuesto de la misma una cierta capacidad de conocimiento y volición, características que estas personas no tienen por la situación objetiva en que se encuentran y, por lo tanto, no será este el bien jurídico protegido, sino la indemnidad sexual. Como podrá apreciarse, a pesar de las árduas discusiones doctrinales sobre el particular, las consecuencias de índole práctica son las mismas: [...] no tienen libertad.³⁴⁷

Em *terra brasilis*, lamentavelmente somente o professor Prado aponta a intangibilidade sexual, como sendo o bem jurídico tutelado no estupro de vulnerável. Bechara coloca que é necessário examinar qual o bem jurídico a fundamentar materialmente o conteúdo do injusto penal e que nesse sentido contrapõem-se as noções de liberdade e intangibilidade. “Ao se entender em geral que esses menores não possuem tal capacidade de autodeterminação, busca-se tutelar sua intangibilidade sexual, protegendo-se o normal desenvolvimento de sua personalidade para que, quando sejam adultos, possam decidir livremente nessa esfera”³⁴⁸. Mas a referida autora inclina-se para a liberdade sexual.

Compreendida a intangibilidade sexual nesses ordenamentos estrangeiros, e que no Brasil trata-se de um bem jurídico pouco abordado, diria-se até pouco conhecido, passa-se a análise da intangibilidade à luz da Constituição Federal Brasileira, com o intuito de verificar a possibilidade de sua adoção no estupro de vulnerável.

3.2.2. A Intangibilidade Sexual como um valor constitucional

Partindo-se da concepção que o bem jurídico deve se apoiar em um valor, pois expressa de modo mais adequado as exigências éticas de base do ordenamento jurídico, vislumbra-se a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e Adolescente

³⁴⁷ SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. Los abusos sexuales em el código penal de 1995: em especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 61, p. 93-126, 1997. p.109-110 Ressalta-se que quando este artigo foi escrito ainda não havia alterado-se a idade de consentimento do menor, que passou de 12 para 13 anos.

³⁴⁸ BECHARA, *op. cit.*, p.547.

demonstrar que o mais adequado é a adoção da intangibilidade sexual como objeto jurídico de proteção dos menores de quatorze anos no delito de estupro de vulnerável.

Há algumas décadas surgiu o entendimento de que cabe ao direito penal proteger valores e interesses com relevância constitucional. É a norma constitucional e não a norma penal que deve determinar a eleição do bem jurídico. Um dos precursores desse pensamento foi o mestre italiano da Universidade de Bologna, Bricola: “l’illecito penale può concretarsi esclusivamente in una *significativa* lesione di un valore costituzionalmente rilevante.”³⁴⁹

E ainda explicando a teoria geral do crime propõe uma: “*sintesi a priori*, dove la locuzione non vuole contrassegnare un disancoramento dal diritto positivo, ma anzi la rivelazione *immediata* (in tal senso aprioristica e cioè indipendente dall’analisi degli elementi strutturali del reato) di connotati essenziali del reato nella sua unità principalmente attraverso le norme costituzionali”.³⁵⁰

Assevera Palazzo que é fundamental para a noção de bem jurídico estabelecer um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individuados como objetos de tutela penal: “[..]o bem objeto da tutela, que é concebido, obviamente, como um *pré-dado* relativo à norma penal, mas deduzido diretamente da Constituição, instrumento capaz de ofertar um catálogo dos bens merecedores de tutela e de também estabelecer uma hierarquia de valores.”³⁵¹

E no Brasil, propugna esse pensamento Luisi:

[..] surgiu nestes últimos decênios o que se pode definir como um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais. É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal.³⁵²

No mesmo sentido, Ponte:

³⁴⁹ BRICOLA, Franco. Teoria Generale del Reato. In: AZARA, Antonio, EULA, Ernesto. Novissimo Digesto Italiano.vol. XIX, p.7-93. Torino: Editrice Torinese. 1973. p 15-16.

³⁵⁰ BRICOLA, *op. cit.* p. 24. Trata-se de verificar se não é possível, ou mesmo necessário, encontrar na Carta Constitucional uma espécie de “síntese a priori”

³⁵¹ PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editos, 1989. p. 84-85.

³⁵² LUISI, Luis. Os princípios constitucionais penais. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003, p.172.

Ora, se é a Constituição Federal que estabelece os valores primordiais a serem protegidos, toda e qualquer violação a um dado bem ou valor só será considerada ofensa a bem jurídico, caso atente contra postulados encontrados no próprio texto constitucional ou decorrentes dos princípios lá abraçados. A relevância penal de um dado bem ou valor deve ser analisada à luz da Constituição Federal, não do Código Penal.³⁵³

Consequentemente, dessa forma, o catálogo de bens de relevo constitucional³⁵⁴ serve de critério para a reforma da parte especial do Código, que foi exatamente o que aconteceu em relação ao estupro de vulnerável. Digno de nota mencionar que segundo Fiandaca³⁵⁵ o debate penal sobre a problemática do bem jurídico como impulso reformador da parte especial, nasceu na Alemanha nos estudos sobre o bem jurídico ocasionado pelos esforços de reforma dos crimes sexuais.

Nosso sistema constitucional estabelece um sistema de valores, e “o critério básico a partir do qual se pode deduzir um quadro valorativo deve ser fornecido pelos princípios constitucionais (v.g., arts. 1º, 2º, 3º e 5º da CF), reconhecidos como fundamento da ordem política e social”.³⁵⁶ Cabe ao legislador penal realizar a tarefa de selecionar quais os bens constitucionais que deve proteger. “O legislador penal encontra nas constituições prescrições específicas e explícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos a serem recebidos na ordem jurídico penal”.³⁵⁷ Assim, realizará uma seleção dos bens constitucionais, guiando-se pelo princípio da *ultima ratio*, utilizando como critérios a relevância do bem e a gravidade de sua lesão.

Para uma melhor compreensão do exposto, exemplifica-se: no homicídio o bem jurídico tutelado é a vida humana, pois a Constituição Federal no art. 5º *caput*, assume a vida

³⁵³ PONTE, Antônio Carlos da. Crimes eleitorais. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.171-172.

³⁵⁴ Para uma melhor compreensão do referido catálogo transcreve-se lição de Prado:

Entre valores, amplamente acolhidos em nossa Constituição, podem ser mencionadas a liberdade e a dignidade pessoais e os direitos invioláveis que são inerentes, próprios das Cartas de inspiração liberal, a legalidade e o pluralismo democráticos, os direitos sociais, além dos coletivos e difusos. Trata-se, na verdade, de um sistema de valores (*Wertsystem*), ao qual se vincula a Constituição substancial.

De semelhante, assegura ela uma unidade material de sentido ao ordenamento jurídico – unidade *normativa-material*- sobre a base de um contexto valorativo. [...] Assim, a nenhuma norma infraconstitucional é facultado ignorar esse quadro axiológico e todas devem ser examinadas objetivando tornar possível sua real concreção. Com efeito, os valores constitucionais (*Grundwerte*) servem de lastro “fundamentador para a interpretação de todo ordenamento jurídico; de postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição e de critério para avaliar a legitime das variadas manifestações do sistema de legalidade. (PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.91-92)

³⁵⁵ FIANDACA, G. Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, v. 25, p. 42-81., 1982.

³⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.100.

³⁵⁷ LUISI, Luis. *op. cit.*, p. 173.

humana como um valor constitucional, declarando-o inviolável. Assim, deve-se evitar matar outrem, porque a vida humana encerra um valor relacionado à pessoa, que conforme o *caput* do artigo 5º, da CF, é inviolável, ou seja, pode ser entendido como a intangibilidade da vida, embora não um direito absoluto.

“Nesse contexto, a noção de bem jurídico emerge dentre de certos parâmetros gerais de natureza constitucional [...] A tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica- expressa ou implícita- de bens jurídicos e a forma de sua garantia”.³⁵⁸

O professor da Universidade de Palermo, Fiandaca defende que o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição:

[..] se si vuole che i criteri rinvenuti si impongano con autentica efficacia cogente: se così deve essere, allora non può che trattarsi di una fonte giuridica e, per di più, gerarchicamente sovordinata alla legge ordinaria. Dal riconoscimento di questa esigenza a ritenere che soltanto la Costituzione sia in grado di offrire il criterio di legittimazione per una riedizione in forma vincolante della teoria ‘liberale’ del bene giuridico.³⁵⁹

Tavares explica a identificação do bem jurídico como valor: “O bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica.”³⁶⁰

Desta feita, são incontestáveis mercedores da tutela penal os chamados bens primários, isto é, imprescindíveis a existência da própria sociedade, como a vida, a liberdade, igualdade, integridade física e psicológica, a segurança entre tantos. O artigo 5º da Constituição Federal elenca os direitos e garantias fundamentais, sendo que os previstos no *caput* são direitos inerentes à dignidade humana. Reza o 5º, *caput* da Constituição Federal:

³⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. *op.cit.*, 2011. p.96.

³⁵⁹ FIANDACA, G. Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 25, p. 42-81., 1982. p.45.

³⁶⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.180.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, nos seguintes termos:

A Constituição Federal ressalta a sua inviolabilidade, porque constituem a base da estrutura jurídica, “sua inviolabilidade é um elemento de sua própria conceituação, de sua própria existência. Não fossem invioláveis, sua realidade ôntica não teria significação jurídico-constitucional”³⁶¹

Portanto, a referida norma encerra a inviolabilidade de bens-valores: vida, (que integra o valor da dignidade humana), liberdade, igualdade e segurança. Conforme Silva, a vida humana, “que é o objeto do direito assegurado no art.5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais) [...]A vida humana constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos”³⁶² O conteúdo da dignidade humana está vinculado ao direito à vida.

O direito à igualdade deixa claro que todos são iguais em direitos e deveres, inclusive as crianças e adolescentes em relação aos adultos, mas aqueles de maneira especial devem ser mais protegidos.

Esses direitos fundamentais previstos no artigo 5º, *caput*, por tratar-se no presente estudo dos menores de 14 anos, logo crianças e adolescentes conforme o critério etário adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, imperiosamente precisam ser cotejados com o artigo 227, *caput* da Constituição Federal, onde estão previstos os chamados “direitos fundamentais das crianças e adolescentes”.

O artigo 227, *caput* da Constituição traz os chamados “direitos fundamentais da criança e do adolescente,” com a seguinte redação:

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

³⁶¹SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.68.

³⁶²SILVA, José Afonso da. Curso De Direito Constitucional Positivo. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.200.

Através desse artigo a Constituição consigna uma proteção especial à vulnerabilidade da criança e do adolescente, que passam, portanto, a receber uma tutela diferenciada. Nesse sentido, Moraes e Teixeira:

Além da tutela especial, a pessoa menor de idade recebeu, também proteção prioritária, conferindo-lhe, por essa razão, enfoque ainda mais diferenciado entre os portadores de vulnerabilidade, uma vez que a criança e o adolescente constituem o futuro do país e, por isso, devem ser preparados, pessoal e profissionalmente, para que cresçam de forma estruturada, saudável e responsável.

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 é fruto de uma “virada hermenêutica” sobre a concepção da relevância dos direitos da criança e do adolescente. Tanto que é inovador quanto ao tratamento da população infantojuvenil por uma Constituição, pois dedica à criança e ao adolescente um dos mais expressivos textos consagradores de direitos fundamentais da pessoa humana, cujo conteúdo foi, posteriormente, explicitado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990.³⁶³

Por conseguinte o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais, - que não se esgotam no catálogo do Artigo 5º, por força da cláusula de abertura do art. 5º §2º, da CF e integram as cláusulas pétreas (art. 60,§4º, CF), - foram especialmente direcionados para a criança e o adolescente no *caput* do artigo 227, constituindo “um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.”³⁶⁴

Esse sistema constitucional especial de proteção que se alicerça no artigo 227 da CF, constitui os direitos fundamentais especiais de crianças e adolescentes. Cumpre elucidar melhor em que consiste esse sistema constitucional, conforme lição de Machado:

Esse sistema especial se funda no reconhecimento da condição peculiar de crianças e adolescentes de seres humanos ainda em fase de desenvolvimento, que implica o reconhecimento de que a *personalidade infanto-juvenil* tem atributos distintos da *personalidade adulta* e, de que crianças e adolescentes possuem maior *vulnerabilidade* do que o ser humano adulto. [...] O reconhecimento da *peculiar condição* de crianças e adolescentes implica, também, reconhecer a força potencial transformadora que a infância têm para a Sociedade, que, para cumprimento da

³⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao Art. 227, §4º da CF. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013.p.2126.

³⁶⁴ SARLET, Ingo. W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2 ed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2002. p. 84

função reguladora-dinâmica do Direito, de ordenar a transformação social em direção aos objetivos da República brasileira de construção de sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização reduzindo as desigualdades sociais (art.3º da CF), demandou a positivação do dever de efetivação prioritária dos direitos de crianças e adolescentes, na Constituição de 1988. [...] O sistema especial se caracteriza pela *estruturação* dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes de maneira diversa daquela com que foram conformados os direitos fundamentais dos adultos. Esta especialidade se caracteriza sob dois aspectos: um *quantitativo* relacionado à positivação de direitos fundamentais exclusivos de crianças e adolescentes, que se somam aos demais direitos fundamentais dos adultos; o outro, de natureza *qualitativa*, relacionado à *estruturação peculiar do direito material* de crianças e adolescentes. [...] Esta estruturação especial dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes (nos seus aspectos *quantitativo* e *qualitativo*) demanda e justifica a *tutela jurisdicional diferenciada*.³⁶⁵

Complementam ainda, esse sistema especial de proteção o artigo 6º da Constituição Federal, quando expressa que é um direito social a proteção à infância, e os artigos 3º a 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que também vertem normas de direitos fundamentais.

Mas além de constituir os direitos fundamentais especiais de crianças e adolescentes, o artigo 227 da CF, trata-se na verdade de uma norma de proibição de proteção insuficiente, isto é, no sentido “de controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção.”³⁶⁶

Os direitos tutelados instrumentalmente, tanto pela *proibição de excesso* como pela *proibição de proteção insuficiente* no plano geral estão contidos no mesmo território: qual seja aquele dos *direitos individuais invioláveis*, na dicção do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.³⁶⁷ Portanto, os direitos fundamentais da criança e adolescente do artigo 227 também são invioláveis.

Nesse sentido o artigo 17 do Estatuto da Criança e Adolescente assevera que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, portanto, é categórico na afirmação que a integridade física, psíquica e moral infanto-juvenil **são invioláveis**. Esse direito à sua inviolabilidade está diretamente imbricado com a violência e o abuso sexual. O menor tem direito à sua

³⁶⁵ MACHADO, *op. cit.* p.67-68.

³⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. p. 183 a 212. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013.p.203.

³⁶⁷ MACHADO, *op. cit.* p. 85.

inviolabilidade/intangibilidade sexual, justamente como forma de ser resguardada a sua intimidade, sua identidade e valores, para que tenham um desenvolvimento psíquico saudável, pois os danos que podem surgir em razão da inobservância da intangibilidade sexual podem ser irreversíveis, acompanhando a vítima menor por toda a sua vida.

Merece destaque que é um dever tríplice, do Estado, da família e da sociedade colocá-los a salvo de toda e qualquer forma de exploração e violência, abarcando obviamente as de conotação sexual. Por conseguinte há um mandamento da Constituição, que crianças e adolescentes devem ser protegidos de exploração sexual, violência e abuso sexual.

É nesse particular contexto normativo, que se pode afirmar que no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal encerra-se um alto valor da Constituição, qual seja, a proteção integral da criança e do adolescente, que orientam valorativamente a interpretação de todo o ordenamento.

Acrescenta-se ainda, outra questão fundamental a ser mencionada: os mandados de criminalização contidos na Constituição. A Constituição Federal Brasileira de 1988 contém diversos preceitos em que obriga, expressamente ou implicitamente, a criminalização de certas condutas. Trata-se dos mandados constitucionais de criminalização³⁶⁸, um “elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de determinadas condutas”.³⁶⁹ Luisi refere que as constituições contemporâneas trazem:

[..] uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de Justiça material. Expressam esses tipos de normas constitucionais, as instâncias do Sozialstaats, e fazem com que o Estado exerça uma função ativa, ampliando a área de atuação do direito penal. Ressalte-se que não se exclui dessa atividade ampliadora da interferência penal a proteção de certos direitos rigorosamente individuais, não tutelados no regime penal do Rechtstaats, como o personalíssimo direito à intimidade. Estetipo de normas constitucionais tem sido

³⁶⁸Registre-se conforme Mendes que as Constituições da Espanha (art. 45, 1 e 2; art. c; art. 55); Constituição da Itália (art. 13); Constituição da França (art. 68); e a Lei Fundamental da Alemanha (art. 26, I) contém semelhantes determinações.

³⁶⁹MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.322.

chamadas de ‘cláusulas de criminalização’, sendo algumas expressas e inequívocas, e outras facilmente deduzíveis do contexto das normativas constitucionais.³⁷⁰

E ainda agrega o pensamento de Mantovani:

Este aspecto criminalizador das Constituições mais recentes, é visto por F. Mantovani como uma função propulsora da interferência criminal, objetivando “o cumprimento dos deveres individuais de solidariedade econômica e social, e também a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que opõem a homogenização e predis põe à criminalidade.”³⁷¹

Segundo Ponte: “Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”³⁷².

O §4º do Art. 227 consagra um mandado de criminalização expresso:

*§4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.*³⁷³

Trata-se de norma de proibição da proteção deficiente, “significa que, nestas situações, **impõe-se ao legislador ordinário (obrigação positiva) a utilização do Direito Penal para regular o comportamento** e, dessa forma proteger satisfatoriamente o valor constitucional.”³⁷⁴ Ou ainda conforme Greco “não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido.”³⁷⁵

Portanto, o Estado se obriga a garantir os direitos fundamentais das crianças, adolescentes e vulneráveis, contra agressões de terceiros, especificamente em matéria sexual. O Estado passa a ser um guardião desses direitos, “a partir do papel assumido pelo Estado e pelo direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve (sempre) ser examinado

³⁷⁰ LUISI, Luis. Os princípios constitucionais penais. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.p.58.

³⁷¹ MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale, 1988 apud LUISI, Luis. *op.cit.*, p.58.

³⁷² PONTE, *op. cit.*, p. 174.

³⁷³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁷⁴ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.149.

³⁷⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. parte geral, vol. 1.17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.127-128.

também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal.”³⁷⁶

Mendes, nos termos da doutrina e jurisprudência constitucional alemã, estabelece uma classificação do dever de proteção:

- a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de proibir determinada conduta;
- b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
- c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.³⁷⁷

Buscando obedecer a esse mandado de criminalização expresso elaborou-se o estupro de vulnerável. Percebe-se que o legislador penal ao elaborar a norma do art. 217-A, cumpriu o mandado de criminalização expresso pela Constituição Federal, e mais, dentro da classificação do dever de proteção optou pelo dever de proibição, isto é, proibiu a existência de atos sexuais com menores de quatorze anos. Edificando-se no bem-valor da proteção integral da criança e do adolescente, no que tange a colocá-los à salvo de qualquer forma de exploração, violência ou abuso sexual, que se traduz na **intangibilidade sexual**.

Certamente, o legislador considerou que se trata de uma categoria especial de seres humanos, que está em desenvolvimento, em formação, bem como a relevância de um saudável desenvolvimento da personalidade e integridade das crianças e adolescentes, que possuem uma função social de transformação. **Tem-se aqui um valor constitucional que foi tutelado pelo direito penal**, originário de uma obrigação constitucional de criminalização (mandado de criminalização). “O motivo dessa constitucionalização é a relevância dada ao bem que se quer proteger e a necessidade de se utilizar do instrumento sancionatório criminal”.³⁷⁸

Conforme Palazzo:

³⁷⁶ STRECK, Lenio. Bem Jurídico e Constituição. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. p.5 Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf> Acesso em 12 de janeiro de 2017.

³⁷⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 324.

³⁷⁸ PRADO, *op. cit.*, p. 104.

[..] as vertentes orientadas no sentido de criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infrequentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional contribuem para oferecer a imagem de um Estado *empenhado e ativo* (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição.³⁷⁹

Na mesma trilha de pensamento Streck:

Nesse (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a idéia de tipos penais no direito penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito. Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Neste ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional.³⁸⁰

A Constituição Federal considera a garantia de uma existência livre no desenvolvimento de sua personalidade sexual um pressuposto de uma condição digna, reforçando a ideia de que o macro bem jurídico protegido no Título VIII do Código Penal é a dignidade sexual. Se a dignidade humana é um valor fundamental do ordenamento constitucional brasileiro, e a dignidade sexual seu corolário, logo também um valor constitucional.

Nesse contexto, pode-se afirmar que no artigo 227, *caput* encerra-se um bem-valor, qual seja, a proteção integral da criança e do adolescente, **que engloba aintangibilidade sexual.**

³⁷⁹ PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editos, 1989. p. 103.

³⁸⁰ STRECK, Lenio. Bem Jurídico e Constituição. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. p.6.

“É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”.³⁸¹

A norma penal do artigo 217-A, estupro de vulnerável, parte do intento de proteger integralmente crianças e adolescentes na esfera sexual, pois o exercício da sexualidade com menores de 14 anos, pode afetar o desenvolvimento natural de suas personalidades nesse campo, produzindo confusões, perturbações e transtornos no seu equilíbrio psíquico e em sua vida.

Em que pese, todo o exposto pode surgir a crítica de que o artigo 227, *caput*, também consagra o direito à liberdade da criança e do adolescente, logo abrangendo a liberdade sexual. Dessa forma, haveria uma contradição entre o direito de liberdade e o direito de proteção integral.

Para elucidar a questão, adverte-se que o direito à liberdade desdobra-se em várias facetas³⁸², e em relação às crianças e adolescentes (pessoas na condição de desenvolvimento) a liberdade que no presente trabalho visa-se analisar é a liberdade sexual. Dentro do direito geral de liberdade, existem duas dimensões: liberdade negativa e positiva. Essas dimensões “acabam funcionando como vetores interpretativos do conteúdo das posições jurídicas protegidas pelas liberdades específicas”.³⁸³

E ainda pode-se falar em liberdade formal (assume a feição de uma liberdade jurídica, quando algo não é nem obrigatório nem proibido) e liberdade material (que para Alexy abarca além da liberdade formal, uma liberdade econômico-social).

Dessa forma, o próprio legislador ordinário teve a preocupação e a lucidez de especificar, no artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, qual o conteúdo da liberdade infanto-juvenil:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I- ir, vir, e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II- opinião e expressão

³⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 67.

³⁸² Liberdade de fazer, liberdade da pessoa física que se opõe a escravidão, de pensamento, de religião, de reunião, de ação profissão. Ver. Silva *op.cit.*, p 232 e segs.

³⁸³ MARTINS, Leonardo. Comentário ao Art. 5º, *caput* da CF. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013, p. 221.

III- crença e culto religioso;

IV- brincar, praticar esportes e divertir-se;

V- participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI- participar da vida política, na forma da lei;

*VII- buscar refúgio, auxílio e orientação.*³⁸⁴

Dentro das múltiplas facetas do direito à liberdade, percebe-se que algumas delas não se aplicam à criança, como por exemplo, a liberdade de comércio e de contrato, nem de escolha de trabalho, ofício ou profissão, “porque seu exercício requer condições de capacidade que ela não possui, dado que lhe falta o discernimento adequado para determinar-se convenientemente em face do objeto da escolha”.³⁸⁵ Conseqüentemente, resta claro que não são todos os aspectos do direito à liberdade que abrangem o conteúdo do artigo 16 do ECA, ressaltando-se que não compreende a liberdade sexual.

Nesse diapasão, considera-se que a Constituição bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, justamente por tratar-se de um ser em desenvolvimento, e visando proteger o seu desenvolvimento físico e psíquico preferiu pela intangibilidade (inviolabilidade) sexual do menor de 14 anos. Consigne-se ainda, que liberdade não é sinônimo de licença. A licença encontra seus limites justamente quando a conduta interfere na liberdade de outros. Assim, aos menores de 14 anos tem-se uma liberdade negativa em matéria sexual, que não devem se relacionar com adultos, bem como os adultos que não tem liberdade para se relacionar com esses, sob pena de responsabilização penal.

As crianças e adolescentes são considerados pessoas ainda em desenvolvimento e por isso, merecem cuidados especiais, merecem a proteção integral da família, da sociedade e do Estado. Combater os abusos sexuais contra crianças e adolescentes deve ser uma prioridade, pois constitui uma violação a dignidade desses seres em formação, bem como uma grave transgressão dos direitos humanos.

Desta feita, a partir de um olhar sistêmico da Constituição e do ordenamento jurídico, o bem jurídico que melhor traduz os valores constitucionais relativos às crianças e adolescentes (menor de 14 anos) no crime de estupro de vulnerável é sem dúvida a intangibilidade sexual, pois diante da redação do artigo 227 da Constituição Federal e do *caput* do art. 217-A, o legislador deixa claro que não se deve ter ou praticar qualquer ato de cunho sexual com

³⁸⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente.

³⁸⁵ SILVA. José Afonso da. Comentário ao art. 16 do Estatuto da Criança e adolescente. In MUNIR, Cury. (Coord.) Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86.

menores de 14 anos. O menor de 14 anos não se toca, é intocável, intangível para fins sexuais, essa foi a *ratio legis* do constituinte e do legislador ordinário.

3.3 A vulnerabilidade do Menor de 14 anos e a (In)validade de seu Consentimento

Vulnerável é aquele que está sujeito a ataques, que não possui defesas suficientes. Consoante Capez:

Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. **A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc.** [...] Por esse motivo **não se confundem a vulnerabilidade e a presunção de violência** da legislação anterior.³⁸⁶ [sem grifo no original]

Em conformidade com o conceito supramencionado, com efeito, o legislador na redação do art. 217-A, não fez referência à capacidade de consentir. Entretanto, a doutrina em matéria sexual tem como fulcro o consentimento ou dissenso da vítima, para a caracterização do crime, portanto, é forçoso analisar se o menor de 14 anos tem capacidade de consentir validamente.

Os vulneráveis no caso do estupro de vulnerável são: 1) o menor de 14 anos; 2) quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; 3) ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Bitencourt, afirma que no estupro de vulnerável existem três modalidades de vulnerabilidade: “a) *real* (do menor de 14 anos); b) *equiparada* (do enfermo ou deficiente mental; c) *por interpretação analógica* (quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência).”³⁸⁷

Para Führer, nos termos da lei, *vulnerável* é o menor de 14 anos, presumivelmente incapaz, em razão do desenvolvimento físico e emocional ainda incompleto.³⁸⁸

³⁸⁶ CAPEZ, *op.cit.* p.81.

³⁸⁷ BITENCOURT, *op. cit.* p. 101.

³⁸⁸ FÜHRER, *op.cit.* p.177.

Deduz-se que, a vulnerabilidade desses sujeitos reside na falta de capacidade de discernimento suficiente para a atividade sexual, pois ao interpretar-se o §1º, quando o legislador determina aplicação da mesma pena do *caput* ao enfermo ou deficiente mental que, *não tem o necessário discernimento para a prática do ato*, parece clarividente que também o menor de 14 anos não tem o necessário discernimento para a prática do ato. E logicamente, o estado de inconsciência ou incapacidade de resistência também retira da vítima a capacidade de discernir, logo de consentir. No caso da enfermidade, doença mental ou incapacidade de resistência será realizada perícia.

Há controvérsia em relação a (in)capacidade de consentir do menor de 14 anos. Martinelli ao abordar os requisitos para o consentimento válido identifica três requisitos que considera indispensáveis: “(1) autonomia para dispor do bem jurídico; (2) consciência das prováveis conseqüências do ato para o qual se consente; (3) disponibilidade do bem jurídico.”³⁸⁹

Nessa toada, o menor de 14 anos não preenche nenhum dos requisitos, uma vez que não possui total autonomia, e sim uma autonomia reduzida; e o bem jurídico não é disponível, pois se defende que o bem jurídico tutelado é a intangibilidade sexual. Sendo que esses dois requisitos para Martinelli estão diretamente relacionados:

Entendemos que a disponibilidade do bem jurídico está diretamente relacionada com a autonomia do indivíduo. Disponível é o bem que não compromete o exercício da autonomia. Tutela-se o bem no presente para garantir a autonomia no futuro. É o que justifica, por exemplo, os crimes envolvendo menores de idade, mesmo que não haja constrangimento ilegal. **O menor de 14 anos não tem a autonomia sexual no presente e, para preservar sua formação e permitir a autonomia no futuro, a lei penal impede a prática de atos lascivos antes da maturidade suficiente.**³⁹⁰(sem grifo no original)

Quanto à consciência das prováveis conseqüências do ato para o qual se consente o menor de 14 anos ainda não atingiu maturidade suficiente para ponderar todos os riscos e efeitos do ato sexual, pois lhe falta capacidade de discernimento³⁹¹ para realizar as

³⁸⁹ MARTINELLI, *op. cit.* p. 14.

³⁹⁰ Idem, *ibidem*

³⁹¹ Por capacidade de discernimento definimos a capacidade do sujeito em separar as informações que possui e utilizá-las dentro de seu contexto. Discernir é apreciar algo e distinguir este objeto de apreciação dos demais. Implica captar diferenças e semelhanças e individualizar determinados objetos. Enfim, quem discerne pode distinguir idéias e, pelo menos em tese, saber o que faz. Portanto, os riscos de iludir-se com uma conduta são menores ou inexistentes. Em conclusão, quem discerne tem consciência dos fatos. MARTINELLI, p. 11)

ponderações necessárias. E “a falta de discernimento fundamenta a intervenção penal porque o consentimento é concedido sem a reflexão necessária e sem conhecimento dos fatos. Quem não tem maturidade suficiente não pode fazer determinadas opções que possam levar o indivíduo a um prejuízo moral ou material”.³⁹²

Para corroborar esse entendimento, estudo realizado na área da psicologia, aponta a grande incidência de gravidez na adolescência no Brasil, o que demonstra a falta de consciência das prováveis conseqüências da relação sexual para a qual se consente:

[...] os jovens tornam-se vulneráveis a experiências sexuais sem proteção, que podem lhes trazer conseqüências irreversíveis (por exemplo: gravidez, doenças sexualmente transmissíveis). [...] Do ponto de vista cognitivo, os adolescentes apresentam dificuldades de prever as situações e relações causais possíveis entre as situações, sendo difícil para os mesmos pensarem nas conseqüências do ato sexual sem proteção.³⁹³[sem grifo no original]

O estudo ainda aponta que quando a iniciação sexual ocorre em idade precoce “as meninas podem não se encontrar preparadas em termos psicológicos ou mesmo de informações para lidar com a própria sexualidade e com a necessidade de adotar comportamentos preventivos frente ao exercício da mesma”.³⁹⁴

Ainda para melhor entender se o menor é capaz ou não de consentir, se já possui maturidade suficiente para realizar o ato sexual, buscou-se sobre o desenvolvimento do processo cognitivo humano. Pereira elucida sobre o desenvolvimento do sistema nervoso:

Existe uma dissonância entre a maturidade sexual e cerebral dos indivíduos. Enquanto a maturidade sexual indica que o sujeito está apto para reproduzir e ocorre no início da adolescência, o cérebro continua amadurecendo durante toda a adolescência, até os primeiros anos da segunda década de vida, principalmente nas suas regiões parietal e pré-frontal.

A região pré-frontal do córtex cerebral controla as chamadas funções executivas, que têm o papel de gerente cognitivo do nosso comportamento e pensamentos. [...]

Devido à complexidade das suas funções uma boa parte do amadurecimento do córtex pré-frontal ocorre em um longo período de interação com o ambiente durante a adolescência, chamado de período crítico de plasticidade. Neste período, o

³⁹² MARTINELLI, *op. cit.* p. 18.

³⁹³ PATIAS, Naiana Dapieve; DIAS, Ana Cristina Garcia. Fatores que tornam adolescentes vulneráveis à ocorrência de gestação. *Rev. Adolescência e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 40-45, abr/jun 2011, p.41-42. http://www.adolescenciaesaude.com/detalhe_artigo.asp?id=272.

³⁹⁴ PATIAS, Naiana Dapieve; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Op. cit.* p.41.

ambiente molda facilmente as conexões sinápticas entre os neurônios, preparando os circuitos cerebrais para as demandas da vida adulta. A adolescência é um estado transicional caracterizado psicologicamente pela imaturidade das funções executivas.³⁹⁵

Na área da psicologia vários estudos apontam que “o desenvolvimento psíquico ocorre após o orgânico, a menina pode chegar aos ciclos ovulatórios que indicam a maturidade orgânica para a reprodução, passando a apresentar corpo de mulher jovem e fértil, sem ainda ter amadurecimento emocional para administrá-lo.³⁹⁶ Ou seja, o amadurecimento orgânico do adolescente ocorre antes do amadurecimento emocional e cognitivo, podendo determinar a vivência da sexualidade de uma maneira imatura”³⁹⁷.

Portanto, não se tem dúvidas que o menor de 14 anos, não preenche nenhum dos requisitos para o consentimento válido, sua vulnerabilidade reside justamente na sua falta de capacidade de compreensão devido a sua imaturidade emocional. É inválido o consentimento do menor de 14 anos. Já bastaria a ausência de apenas um dos requisitos para tornar inválido o seu consentimento.

Rassi na análise da vulnerabilidade do *caput* do estupro de vulnerável, apresenta a diferença entre a vulnerabilidade como abuso e vulnerabilidade como capacidade de consentimento. Para ele, o menor entre 12 e 14 anos apresenta capacidade relativa de consentir para a prática do ato sexual, mas se, por exemplo, o menor nessa faixa etária apresente capacidade de compreensão, mas há abuso, a existência desse afasta qualquer possibilidade de consentimento.³⁹⁸

Cabe ainda mencionar que Faria e Vianna após ampla explanação sobre a adolescência e suas fases de desenvolvimento propõem que devido a assincronia de

³⁹⁵PEREIRA, Antonio. A importância do sistema nervoso para as políticas judiciais do país. **ComCiência**, Campinas, n. 144, dez. 2012 . Disponível em <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542012001000010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 23 de novembro de 2016. Um exemplo de imaturidade das funções executivas é o controle da impulsividade.

³⁹⁶ BERLOFI, Luciana Mendes et al . Prevenção da reincidência de gravidez em adolescentes: efeitos de um Programa de Planejamento Familiar. **Acta paulista de enfermagem**., São Paulo , v. 19,n. 2,p. 196-200, June 2006 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002006000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24 de novembro de 2016.

³⁹⁷ PATIAS, Naiana Dapieve; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Op. cit.* p.42.

³⁹⁸ Para uma melhor compreensão veja-se o exemplo que o autor apresenta: Pai convence a filha menor, entre 12 e 14 anos, de que certos toques de conotação sexual são normais ou naturais porque significam demonstração de amor filial, conseguindo, dessa forma, que ela não resista, por receio de o pai pense que não gosta dele. O autor defende a vulnerabilidade relativa dos menores entre 12 e 14 anos, mas no exemplo dado, ainda que essa menor tenha capacidade de compreensão, existe uma situação de abuso que afasta a possibilidade de consentimento dessa menor, aqui há um vício de consentimento. (RASSI, *op.cit.*, p.78).

maturação³⁹⁹, e o contexto social e cultural em que está inserido o adolescente existem dois grupos de adolescentes: aqueles que não formaram sua capacidade de consentimento (sexual) antes dos quatorze anos; e os que já desenvolveram a capacidade de consentir e o desejo e compreensão dos atos sexuais.

Para o primeiro grupo a norma do estupro de vulnerável é perfeita e se justifica, já para o segundo grupo a autodeterminação sexual tutelada devido à sua condição de desenvolvimento e conseqüente vulnerabilidade não se justifica mais, pois são indivíduos capazes e prontos para praticar atos sexuais não havendo lesão a nenhum bem jurídico.

Data vênia ousa-se discordar desse entendimento valendo-se, inclusive de algumas considerações apontadas pelos próprios autores, como por exemplo, que o processo de maturação do córtex pré-frontal, da função executiva segundo pesquisas atuais, aponta que se finalizaria entre 18 anos até 25 anos. Portanto, atualmente a transição para a fase adulta está adiada. Então não se pode acreditar que realmente um menor de 14 anos já tenha desenvolvido plenamente o seu processo de maturação e possua plena capacidade de consentir.

Quanto aos fatores externos (sociais e culturais), deve-se ressaltar que os próprios estudos na área da psicologia e da sociologia apontam que menores de 14 anos, que praticam atos sexuais geralmente o fazem devido a “pressão social”, isto é, espera-se que o menino demonstre sua virilidade, masculinidade (típico pensamento machista da sociedade), e as meninas sua castidade; além da curiosidade, ou ainda pela preocupação com o que os outros estão pensando. Nesse sentido, Taquette:

Este contexto dificulta o relacionamento entre as moças, de quem são cobradas atitudes castas, e os rapazes, que têm de provar sua masculinidade precocemente, com o início muitas vezes prematuro da atividade sexual, por pressão social. Outro aspecto importante é a defasagem existente entre a maturidade biológica, alcançada mais cedo, e a maturidade psicológica e social que cada vez mais tarde se torna completa. Perante este quadro os jovens se encontram perdidos, sem um parâmetro social claro de comportamento sexual e com uma urgência biológica a ser satisfeita em idade precoce.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Que se configura pelas características de variabilidade e diversidade dos parâmetros biológicos e psicossociais que ocorrem na adolescência.

⁴⁰⁰ TAQUETTE, Stella R. Sexualidade na adolescência. p. 205-212. Brasília, 2008, p.208. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Saúde do adolescente: competências e habilidades / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2008.

Nenhum desses fatores caracteriza capacidade de compreensão e de consentimento, pelo contrário, demonstram exatamente a fase conturbada, turbulenta, de transição e incertezas que estão vivenciando. Então realmente não se acredita que tenham plena capacidade de discernir, compreender o significado da relação sexual e suas conseqüências. Certamente, caso apresente-se tal situação de precocidade cognitiva, intelectual se tratará de um caso pontual que não corresponde a média da faixa etária, e baseando-se nas lições do mestre italiano Manzini a norma, é fundamental, olha à generalidade dos casos, é verdade científica a imaturidade intelectual dos menores de 14 anos.

Em que pese nesse ponto discordar-se dos ilustres autores, de outro lado coaduna-se com o entendimento que podem sim apresentar-se adolescentes maiores de 14 anos que não formaram sua capacidade de consentir, encontrando-se, portanto, desamparados juridicamente.

3.4 A distinção entre Presunção de Vulnerabilidade e Vulnerabilidade Absoluta ou Relativa.

Como já visto alhures, o Código Penal de 1940, na sua redação original trazia no art. 224, alíneas 'a', 'b' e 'c', a presunção de violência nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, se a vítima era menor de 14 (catorze) anos; alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância ou se a vítima não pudesse oferecer resistência por qualquer outra causa.

Pois bem, presumia-se a violência na prática desses delitos contra as referidas vítimas elencadas. Tratava-se de uma presunção jurídica, mesmo que de fato, não presente o emprego da violência física ou moral, juridicamente presumia-se a presença dessa, diante das qualidades ou características da vítima.

O referido artigo restou revogado pelo art. 7.º da Lei n.º 12.015/2009, tendo em vista a criação do novo tipo penal, estupro de vulnerável. Nota-se, que para parte da doutrina, o legislador criou o estupro de vulnerável em substituição às hipóteses de presunção de violência que compunham o artigo 224, do Código Penal.

Conforme Damásio de Jesus, “o legislador substituiu a técnica da presunção de violência (também chamada de violência ficta ou indutiva), baseada no revogado art. 224 do CP, pela nova designação (‘vítimas vulneráveis’).⁴⁰¹

Na mesma toada Nucci, afirma que o legislador “reproduziu o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão *violência presumida*.”⁴⁰² Pierangeli e Souza mencionam que “embora o novo dispositivo não mais fale em presunção de violência [...] Todavia, a reforma realizada não eliminou esse aspecto, até porque toda lei nova suscita interpretações conflitantes”⁴⁰³.

Bitencourt teve uma reação mais contundente:

Observa-se que o legislador, *dissimuladamente*, usa as mesmas circunstâncias que foram utilizadas pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual*. Constatase que o legislador anterior foi *democraticamente transparente* (mesmo em período de ditadura), ou seja, destacou expressamente as causas que levavam à *presunção de violência* (ver o revogado art. 224 do CP de 1940); curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deveria redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma *presunção de violência*, porém *disfarçadamente*, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei.⁴⁰⁴

Também Costa Jr e crêem “que embora revogado o art. 224 do Código Penal, mais do que mantida a presunção de violência, foi ela erigida, após ser combinada com o art. 213, à condição de crime, com previsão no art. 217-A”⁴⁰⁵

Assim, nasceu a corrente doutrinária que defende que no delito de estupro de vulnerável é possível verificar não a presunção da violência, mas agora com um novo rótulo a presunção da vulnerabilidade.

Assevera Bitencourt:

(a) *presunção absoluta de vulnerabilidade*- pela presunção absoluta admite-se que a vítima é, indiscutivelmente, *vulnerável* e ponto final; não se questiona esse aspecto,

⁴⁰¹ JESUS, Damásio. *op. cit.* p. 156.

⁴⁰² NUCCI, *op. cit.* p. 101.

⁴⁰³ PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. Crimes Sexuais. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.47.

⁴⁰⁴ BITENCOURT, *op. cit.* p.101.

⁴⁰⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. Código Penal Comentado. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 869.

ele é incontestável, trata-se de presunção *juris et jure*, que não admite prova em sentido contrário;

(b) *presunção relativa de vulnerabilidade* – a vítima *pode ser vulnerável*, ou pode não ser, devendo-se examinar casuisticamente a situação para constatar se tal *circunstânciapessoal* se faz presente ou não. Em outros termos, a *vulnerabilidade* deve ser comprovada, sob pena de ser desconsiderada, admitindo, por conseguinte, prova em sentido contrário, tratando-se, portanto, de presunção *juris tantum*.⁴⁰⁶

Portanto, para os que defendem esse entendimento retonar-se à mesma polêmica, parece um círculo vicioso, sobre a natureza da presunção de vulnerabilidade, absoluta ou relativa, ou seja, admite-se prova em sentido contrário ou não.

Foi justamente o que o legislador buscou evitar com a elaboração do novo tipo penal. “Certamente pensava o legislador de 2009 que a nova redação do tipo legal, e a sua definição autônoma como crime de estupro de vulnerável, jogaria uma pá de cal sobre o assunto, o qual, descontaminado dos humores judiciais acerca da incômoda presunção de violência, passaria a ser visto com a neutralidade que alguns imaginam possível.”⁴⁰⁷

Em oposição a esse raciocínio Mayrink da Costa assevera que:

O legislador pôs termo à discussão doutrinária e pretoriana pertinente à *presunção de violência*, se de natureza absoluta ou relativa, revogando o art. 224, a do Código Penal de 1940. A justificativa do projeto de Reforma destaca a vulnerabilidade não só de crianças e adolescentes até os 14 (catorze) anos, [...] não entrando no mérito da violência e sua presunção.⁴⁰⁸

Ainda na doutrina menciona-se que não é o caso de se discutir sobre a presunção, e sim sobre o grau, intensidade ou extensão da vulnerabilidade. Em outras palavras, valora-se o quanto é vulnerável a vítima. Trata-se aqui de relativizar ou não a vulnerabilidade.

Mirabete e Fabbrini entendem que foi abolida a presunção de violência, bem como não cabe perquirir o grau de vulnerabilidade da vítima:

⁴⁰⁶ BITENCOURT, *op. cit.* p.103.

⁴⁰⁷GENTIL, Plínio. Estupro de Vulnerável Consentido: uma Absolvição Polêmica. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v 8, n. 45. p.65-70, dez/jan 2012, p.67.

⁴⁰⁸COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: parte especial. Injustos contra a sociedade. vol. 6. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.172.

Embora se possa falar em vulnerabilidade *absoluta* e *relativa* em relação aos menores de 18 anos, de acordo com aquelas faixas etárias, a lei não concedeu ao juiz margem de discricionariedade que permita aferir no caso concreto o grau de maturidade sexual do menor para a aplicação dos diversos legais.

Ao abolir a presunção de violência contida no revogado art. 224, referindo-se à idade do menor como elemento das condutas típicas nos crimes descritos nos arts. 217-A a 218-B, o legislador teve a intenção de excluir possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais. Assim, o menor de 14 anos e o menor de 18 anos são especialmente protegidos nos diversos dispositivos legais em razão da idade que possuem, independentemente de terem, no caso concreto, maior ou menor discernimento ou experiência em matéria sexual.⁴⁰⁹

Diante da diversidade em que a vulnerabilidade pode se caracterizar nos crimes sexuais, conforme visto, no item 2.2; no delito de estupro de vulnerável pode-se afirmar que o menor de 14 anos é absolutamente vulnerável. Bitencourt reconhece que o legislador considerou no aludido delito como “sujeito passivo alguém *absolutamente vulnerável*, ou seja, portador de vulnerabilidade máxima, extrema, superlativa”⁴¹⁰.

Desta forma, pode-se chegar as seguintes correntes, hodiernamente na doutrina brasileira em relação ao menor de 14 anos no delito de estupro de vulnerável:

1) Para os que entendem que houve a transposição da presunção de violência para o estupro de vulnerável: a) Presunção de vulnerabilidade absoluta⁴¹¹; b) Presunção de vulnerabilidade relativa⁴¹²;

2) Já para os que compreendem que não se trata de uma questão de presunção, e sim da vulnerabilidade em si, pode-se ter: a) Vulnerabilidade absoluta propriamente dita⁴¹³; b) Vulnerabilidade absoluta relativa, que soa estranho, uma *contraditio in terminis*, melhor então relativização da Vulnerabilidade para evitar más interpretações .

Compreendendo-se como vulnerabilidade absoluta propriamente dita, aquela em que o menor de 14 anos é absolutamente vulnerável, não possuindo capacidade de consentir validamente, não se admitindo prova em contrário. Logo praticado o ato sexual caracterizado está o delito. A relativização da vulnerabilidade (absoluta) consiste naquela em que se entende

⁴⁰⁹ MIRABETE, FABBRINI. *Op. cit.*, p.425 e 426.

⁴¹⁰ BITENCOURT, *op. cit.* p.104.

⁴¹¹ Nesse sentido Mirabete e Fabbrini; Renato Marcão e Plínio Gentil.

⁴¹² Nesse sentido Nucci, Bitencourt, Damásio de Jesus, Paulo da Costa Jr dentre outros.

⁴¹³ Nesse sentido Rogério Greco; Capano; Cabelle

que o menor de 14 anos tem capacidade de consentir, admitindo-se, portanto, prova em contrário.

3.4.1. O Fim da Presunção

Diante de todo o exposto, apresentam-se algumas considerações em defesa do fim da presunção no delito de estupro de vulnerável.

Para tanto, primeiramente faz-se necessário esboçar uma definição de presunção, pois se mostra útil compreendê-la. No dicionário de língua portuguesa Houaiss, o vocábulo presunção significa: “1. ato de presumir ou de se presumir; julgamento baseado em indícios, aparências. 2. Suposição que se tem por verdadeira. [...] 5. Conseqüência que a lei faz deduzir de certos atos ou fatos, e que fica estabelecida como verdadeira, às vezes até mesmo havendo prova em contrário.”⁴¹⁴ Para Aurélio Buarque de Holanda presunção é: 1. Ato ou efeito de presumir (-se). 2. Opinião ou juízo baseado nas aparências; suposição, suspeita.⁴¹⁵

De Plácido e Silva em seu vocabulário jurídico, assim coloca:

Presunção. Do latim *praesumptio* (conjetura, ideia antecipada), é o vocábulo empregado na terminologia jurídica para exprimir a *dedução, a conclusão ou a conseqüência*, que se retira de um *fato conhecido*, para se admitir como *certa, verdadeira e provada* a existência de um *fato desconhecido* ou *duvidoso*. A *presunção*, pois, faz a prova e dá a certeza do que não estava mostrado nem se via como certo, pela ilação tirada de outro fato que é certo, verdadeiro e já se mostra, portanto, suficientemente provado.⁴¹⁶

Em que pese as críticas direcionadas a presunção jurídica no campo penal, em algumas situações faz-se necessário sua utilização. Covello apresenta duas as razões de ser da

⁴¹⁴HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.1548.

⁴¹⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2010.p.1706.

⁴¹⁶ SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico conciso. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.604.

presunção: “1) a dificuldade de provar certos fatos por via direta; 2) a estabilidade e a economia na aplicação do direito.”⁴¹⁷

Tratava-se a presunção de violência do revogado artigo 224, de uma norma que admitia como verdadeiro o que provavelmente o era, isto é, o legislador convertia a probabilidade de violência nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor contra as vítimas ali elencadas (não maior de quatorze anos), como uma certeza irrefutável. Segundo o critério da matéria tratava-se de uma presunção relativa às pessoas. Portanto, presumia-se a existência do emprego de violência na prática desses delitos contra as referidas vítimas.

Para Covello “a presunção nasce da necessidade de o magistrado resolver casos práticos à vista da inexistência ou da dificuldade de prova direta em determinadas circunstâncias”⁴¹⁸. A presunção então é uma prova indireta.

Transpondo essa afirmação para o estupro de vulnerável, diante da redação do seu *caput* (art. 217-A): *Ter conjunção carnal ou praticar outro lado libidinoso com menor de 14 anos*; não se verifica nenhum óbice ao magistrado em resolver a caracterização ou não do crime, basta a prova que a vítima na data do fato era menor de 14 anos, o que se faz através da certidão de nascimento, carteira de identidade⁴¹⁹.

A idade da vítima é um elemento objetivo do crime, não cabe fazer ilações se a vítima era ou não vulnerável, ou em que grau de vulnerabilidade, esses são subterfúgios criados para impor talvez uma convicção pessoal em detrimento do disposto na norma, ferindo-se o princípio da taxatividade.

Para se fazer o mesmo raciocínio da presunção de violência para a presunção de vulnerabilidade, o legislador teria que ter deixado margem para a probabilidade de vulnerabilidade do menor de quatorze anos, e não foi o que fez. Não se trata de uma provável ou possível vulnerabilidade, e sim da afirmação, comprovação que o menor de 14 anos é sim vulnerável, ou seja, o lado fraco, frágil da relação.

Além do mais, para a tipicidade do fato não faz o legislador menção à violência, ameaça ou fraude; logo esses elementos são dispensáveis para a caracterização do delito.

E ainda, um dos pressupostos para a existência da presunção é a previsão legal, ou seja, não existe presunção legal sem texto de lei que a estabeleça. Veja a lição de Ferrajoli:

⁴¹⁷COVELLO, Sergio Carlos. Presunção Jurídica. In: LIMONGI, R. França. (Coord.) Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 60. São Paulo:Saraiva. 1977. P. 412.

⁴¹⁸ COVELLO, *op. cit.* p. 412.

⁴¹⁹ A prova da idade da vítima deve obedecer o art. 155, §1º do Código de Processo Penal, ou seja, as provas que disserem respeito ao estado das pessoas (menoridade da vítima), por vedação expressa do §1º do art. 155, somente podem ser realizadas através de documento hábil.

Così intesa, la presunzione è ritenuta compatibile solo con quelle scelte legislative disponibili a consentire l'ingresso nel processo a prove normativamente precostituite ed individuate in parametri oggettivi, mediante il riconoscimento anticipato del valore da attribuire ai fatti oggetto dell'accertamento giudiziale. Viceversa, per quanto attiene al processo penale, improntato al principio del libero convincimento e svincolato da verità formali per la più volte asserita esigenza di accertare, attraverso la libera valutazione della prova da parte del giudice, la "verità materiale", si esprime la convinzione della sua inconciliabilità con i principi informatori della prova per presunzioni, la cui rilevanza si manifesta, fino a caratterizzarli, esclusivamente nei diversi sistemi di prova legale.⁴²⁰

Mais uma razão pela qual se acredita que no estupro de vulnerável não há nenhuma presunção da vulnerabilidade a ser verificada, pois a lei não faz em nenhum momento, menção a tal presunção, não se supõe a vulnerabilidade.

Nesse sentido, Monteiro:

Os autores que a defendem são explícitos ao firmar seu posicionamento justamente no entendimento doutrinário e jurisprudencial construído sob a égide da redação anterior – ou seja, sob uma expressa previsão legal de presunção de violência, a qual foi arrebatada da legislação. Nota-se, então, inexistir hoje, qualquer dispositivo legal em vigor a embasar a subsistência da violência ficta.

Ora, suponha-se jamais houvesse existido na legislação nacional a presunção de violência, qual seria a interpretação dada à vulnerabilidade? Continuaría a ser identificada como presunção de violência? Ao que nos parece, a doutrina apresenta ainda certa relutância em trabalhar com novos conceitos, razão pela qual continua a manejar institutos já revogados, que certamente não poderiam alicerçar a interpretação da nova lei.⁴²¹

O erro que a doutrina majoritária vem cometendo é confundir a suposição da violência, com a suposição da vulnerabilidade, que se reitera: a norma não enuncia essa oportunidade.

Outro equívoco, diz respeito ao elenco da presunção de violência e do estupro de vulnerável. As hipóteses das alíneas 'a' e 'c' do revogado artigo 224, do CP, encontram-se

⁴²⁰ FERRAIOLI, Marzia. Presunzione (diritto processuale penale). SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Direttore). Enciclopedia del Diritto. vol. 35. Milano: Giuffrè. 1986, p.307.

⁴²¹ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 85.

contempladas no *caput* e parágrafo 1º do artigo 217-A, menor de 14 anos e pessoa que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Como já mencionei alhures, no art. 224, ‘a’, a vítima tinha idade igual ou inferior a 14 anos, agora com a nova redação se considera como limite etário, apenas o menor de 14 anos.

Por sua vez, a alínea ‘b’, mencionava vítima alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; e o atual §1º do artigo 217-A, menciona vítima com enfermidade ou deficiência mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Em que pese, o novo artigo não referir o conhecimento sobre a deficiência da vítima, não há nenhum efeito prático, pois o dolo do agente deve abranger todos os elementos do tipo, caso contrário, deve-se reconhecer o erro de tipo⁴²².

Sim é verdade há semelhanças nos elencos, mas não se confundem. Enquanto, no outrora artigo 224, o legislador esclarecia a quem se destinava a presunção de violência, agora no artigo 217-A, o legislador enuncia quem são as vítimas vulneráveis, como dizem os italianos “*punto e basta*”.

Enfatize-se, ainda, que durante a vigência do artigo 224, um dos argumentos utilizados pelos defensores da natureza relativa da presunção de violência, era inclusive, que o direito penal deveria evitar o instituto da presunção, pois no processo penal busca-se a verdade real, e se estaria dessa forma ferindo o princípio da responsabilidade subjetiva e da presunção da inocência.

Ora, diante do novo texto legal do artigo 217-A, continuar a defender que persiste uma presunção, independentemente da terminologia empregada (violência ou vulnerabilidade), é negar a *ratio legis*, é interpretar a lei buscando validar suas crenças pessoais, ignorando a alteração legislativa.

No Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Projeto de Lei do Senado Federal n. 253/2004 levanta-se a questão da presunção de violência e explicita-se a vontade da lei:

Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança e adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos

⁴²² Ver ESTEFAM, André. Direito Penal, parte especial. vol.3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169; e JESUS, Damásio. Direito Penal: parte especial, vol. 3, 20 ed. Saraiva, 2011, p. 157.

julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; **sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.** [sem grifo no original]⁴²³

Logo, não foi da vontade do legislador persistir com a presunção de violência, pelo contrário, pôr um ponto final nessa polêmica, versando agora sobre a vulnerabilidade que também não admite atenuar.

De todo o explicitado, não se coaduna com o entendimento da transposição da presunção da violência para a vulnerabilidade, com o advento do estupro de vulnerável a presunção tornou-se uma questão ultrapassada, que ficou no passado. Está mais do que na hora, dos adeptos dessa corrente repensar essa interpretação.

No próximo capítulo se trará à baila as controvérsias doutrinárias, ou seja, se debruça sobre as principais considerações doutrinárias alusivas a relativização ou não da vulnerabilidade do menor de 14 anos, sempre no delito de estupro de vulnerável; bem como as controvérsias sobre o tema na jurisprudência das cortes superiores nacionais.

⁴²³ BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Projeto de Lei do Senado Federal n. 253/2004. p.6. Brasília, julho de 2004. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=56335&tp=1>. Acesso em 05.09.2016.

CAPÍTULO IV

AS IMPLICAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.

4.1. A Controvérsia doutrinária sobre a Vulnerabilidade do Menor de 14 anos.

Apesar da mudança ocorrida no diploma penal, não foi o bastante para pôr um fim sobre a controvérsia da validade do consentimento do menor de quatorze anos na esfera sexual. Logo que entrou em vigor o novo delito, imediatamente ressurgiu como já dito, a velha polêmica, sobre a natureza jurídica da violência presumida, mas agora com nova denominação: presunção da vulnerabilidade. Assim, como para os que entendem pelo fim da presunção, mas pela possibilidade de relativizar ou não a vulnerabilidade absoluta do menor.

Serão examinadas as principais manifestações doutrinárias sobre a questão da relativização ou não da vulnerabilidade do menor de 14 anos no estupro de vulnerável. Esse exame, não deixará dúvida que há um setor da doutrina que transportou a presunção para vulnerabilidade e outro que se opõe a tal entendimento, sendo que ambos os setores se dividem ainda pela relativização ou não. Serão apresentados os respectivos fundamentos e ao final se buscará identificar qual o setor prevalece.

De um lado, encontram-se os doutrinadores que propugnam a presunção relativa da vulnerabilidade, ou seja, continuam a defender que persiste a questão da presunção jurídica e admitem que em determinadas situações o menor de quatorze anos tem capacidade de consentir ao ato sexual e logo, não haveria o delito.

Precursor na relativização da presunção de vulnerabilidade, Nucci, faz a seguinte reflexão:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continua a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não torna sepulta a discussão acerca do caráter *relativo* ou *absoluto* da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa.

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade

Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.⁴²⁴

Para Nucci, houve apenas uma transposição da discussão sobre o caráter relativo ou absoluto da presunção de violência, para agora, presunção da vulnerabilidade, se absoluta ou relativa para o menor. Veja-se que mantém o seu posicionamento anterior a Lei 12.015/2009, de que em relação aos menores de 12 anos a proteção penal deve ser absoluta e na faixa etária entre maior de 12 e menor de 14 anos pode ser relativizada, levando em consideração a avaliação de seu grau de conscientização. Defende, portanto, uma interpretação sistêmica entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na mesma direção, Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches da Cunha, que consideram que a polêmica sobre a presunção de violência continua presente no estupro de vulnerável. “Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto-, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.”⁴²⁵

⁴²⁴NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual: comentários à Lei 12015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.102-103.

⁴²⁵GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. (Coord.). Direito Penal: parte Especial. 3 ed. Coleção Ciências Criminais. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.257.

Criticam a manutenção pelo legislador da idade de 14 anos, pois será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para prática sexual. Dessa forma, assim como Nucci defendem uma interpretação consoante o Estatuto da Criança e do Adolescente que considera adolescente o maior de 12 anos.

Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim, não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.⁴²⁶

Nesse diapasão, Bitencourt assevera que houve uma substituição da violência presumida pela violência implícita (ou presunção implícita) quando o legislador adotou as elementares do revogado crime de sedução “ter conjunção carnal” e substituiu a violência ou grave ameaça reais, do crime de estupro pela condição de vulnerável. Assim, entende que foi mascarada a questão da presunção da violência quando coloca:

“Essa *presunção* implícita, *inconfessadamente* utilizada pelo legislador, não afasta aquela discussão sobre a sua relatividade, naquela linha de que a mudança do *rótulo não altera a substância*”.⁴²⁷ Posicionando-se pela relativização se ancora no precedente aberto pelo Ministro Marco Aurélio, com o HC 73662/MG, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 21/05/1996, para sua fundamentação.

[..] certamente, *a interpretação mais racional* deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do STF, qual seja, examinar caso a caso, para se constatar, *in concreto*, as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea. Nessas condições, é impossível não concordar com a conclusão paradigmática do Min. Marco Aurélio. [...] Dessa forma, impõe-se a conclusão de que a *presunção de vulnerabilidade* consagrada no novo texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é *relativa*, recomendando avaliação casuística.⁴²⁸

⁴²⁶ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. (Coord.). *op. cit.*, p.257.

⁴²⁷ BITENCOURT, *op. cit.* p.102.

⁴²⁸ *Idem.* p. 102-103.

Disserta Pierangeli, que o legislador pretendeu eliminar a violência presumida, sem o conseguir, pois continua ínsita no novo dispositivo. Sobre a natureza da presunção observa que a “questão permanece em aberto, até porque implicitamente a presunção de violência continua presente no texto reformulado.”⁴²⁹ Entretanto, ao analisar o tipo objetivo destaca que não mais aparece o verbo *constranger*, que significa forçar, obrigar, o que não ocorre no estupro de vulnerável, “ressalvada a hipótese de se reconhecer a existência de presunção que nos parece ser, no caso, a absoluta, que é inaceitável.”⁴³⁰

Paulo José da Costa Junior e Fernando Costa criticam a volta da aplicação absoluta da presunção de violência em se tratando de menor de quatorze anos no estupro de vulnerável.

No entanto, embora revogado o art. 224 do Código Penal, mais do que mantida a presunção de violência, foi ela erigida, após ser combinada com o art. 213, à condição de crime, com previsão no art. 217-A, ora em exame. [...] Não acreditamos seja o melhor entendimento o do legislador. Quer-nos parecer que à presunção prevista caberá, sempre que necessária, a relativização que vinham empregando ao artigo nossos tribunais. [...] Nos dias atuais, pessoas com doze ou treze anos podem ter amadurecimento suficiente para decidir a respeito da sua liberdade sexual. Daí a necessidade de relativização da norma.⁴³¹

Nesse ensejo, acreditam ser temerária a inflexibilidade do legislador no seguinte exemplo: “uma menina de treze anos que quisesse ter relação com o namorado, com o seu consentimento e muitas vezes até mesmo com orientação dos pais, não poderia tê-la sob pena de seu namorado praticar um crime hediondo”⁴³²

Greco e Rassi reconhecem que a expressão “com menor de 14 anos” no *caput* do artigo 217-A, é um elemento normativo, mas “não se trata, contudo, de um elemento de natureza absoluta”. E evocando critério legal do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a sociologia da sexualidade defendem a relativização para o menor entre 12 a 14 anos.

Assim, a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 a 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, ou seja, se houve ou não abuso na relação sexual entre o maior e o menor, que causou dano para este último, reforçando a afirmação de ROXIN já acolhida de

⁴²⁹ PIERANGELI, José Henrique; THOMAZ, Maria Aparecida Pierangeli Borelli (Atualizador). Código Penal Comentado Artigo por Artigo. São Paulo: Verbatim. 2013, p.757.

⁴³⁰ Idem ibidem.

⁴³¹ COSTA JUNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. Código Penal Comentado. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p.869-870.

⁴³² Idem, p. 869.

que capacidade de compreensão é matéria de fato. No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, mantém a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo a tipicidade.⁴³³

Para os autores, a capacidade de compreensão é matéria de fato, devendo ser analisada de forma individualizada e não generalizando como a norma faz, que todo o menor de 14 anos, não possui tal capacidade .

Jorio defende a presunção de vulnerabilidade relativa a partir dos 12 anos, pela conjugação dos fatores de desenvolvimento físico e emocional, fartura de informações e conhecimentos relativos à sexualidade, mas, sobretudo, com base no Princípio da Lesividade (ou Ofensividade):

Quando se relativiza a vulnerabilidade, o que se está a fazer é reconhecer que o consentimento, naquele particular caso, é válido. É irrelevante a supressão da “presunção de violência”, pois a *ratio essendi* da “presunção de vulnerabilidade” é exatamente a mesma. Se há consentimento, e se ele é válido, desfaz-se por completo a noção de ofensa à dignidade sexual. Passamos a tratar de uma conduta *formalmente típica* (prevista no art. 217-A do CP), mas *materialmente atípica* (isto é que não traduz ofensa real ao bem jurídico tutelado).⁴³⁴

Na mesma toada Carvalho e Chagas, compartilham o entendimento de que a vulnerabilidade dos menores de 14 anos e maiores de 12 anos, “deve ser relativa e não absoluta em virtude de uma transformação nos costumes que se impõe pela própria evolução dos tempos.” E recomendam:

A exclusão da tipicidade, nesse caso, poderia ser alcançada a partir de uma interpretação restritiva do tipo penal do art. 217-A, já que nem tudo o que diz o legislador pode ser interpretado de forma literal. Deve-se atribuir, portanto, um maior conteúdo axiológico à expressão contida no *caput* do art 217-A do CP, já que nem todo menor de 14 anos deverá ser considerado necessariamente “vulnerável” em matéria de sexo.⁴³⁵

⁴³³ GRECO e RASSI, *op. cit.* p.116.

⁴³⁴JORIO, Israel Domingos. Vulnerabilidade relativa, sim! Boletim IBCCRIM,São Paulo, v. 20, n. 236, p. 8-9, jul. 2012, p.9.

⁴³⁵CARVALHO, Gisele Mendes de; CHAGAS, Edmar José. O STJ e a polêmica em torno do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro. Boletim IBCCRIM,São Paulo, v. 20, n. 236, p. 9-10, jul. 2012. p. 10

Estefam coloca que o legislador substituiu a técnica da presunção de violência pela nova designação vítimas vulneráveis, mas reconhece que foi a intenção do legislador ao criar o novo delito, de impedir a subsistência do entendimento da presunção relativa da violência. Entretanto, “persistirá, desta feita, a crítica fundamental ao critério rígido eleito, ou seja, pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual”.⁴³⁶

E justamente por essa razão, para o autor o menor de 14 anos e maior de 12 anos dependendo do caso concreto, consente validamente, logo, “o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário”.⁴³⁷

Sendo assim, a lei deve se amoldar ao caso concreto, pois:

Reconhecer a existência de um delito qualquer, sobretudo grave como do art. 217-A do CP (reclusão de 8 a 15 anos) é malferir o princípio da dignidade humana. [...] Ocorre, todavia, que a exegese das normas penais não pode dar-se, jamais, alijada de uma visão constitucional e, notadamente, da correta delimitação do valor protegido (objetividade jurídica) pela disposição. É por essa razão que entendemos, a despeito da peremptoriedade do texto legal, que nem todo o contato sexual com menor de 14 anos ingressará na tipicidade (material) da norma. É a *mens legis* que se sobrepõe à *mens legislatoris*.⁴³⁸

Damásio de Jesus justifica que não basta que o comportamento seja formalmente típico, se não ofende o bem jurídico.

O estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) é crime contra a dignidade sexual (Título VI do CP). [...] Tendo em vista que o título, de índole normativa, serve de elemento de interpretação, erigindo a dignidade, protegida pela Constituição Federal, como bem jurídico penal, de ver-se inexistir crime quando não é lesada formal e materialmente.⁴³⁹

Além disso, se o §1º do referido artigo, quanto se refere aos enfermos e deficientes mentais requer que não possuam o necessário discernimento para a prática do ato. “Por razão de coerência, o mesmo requisito deve estar presente quando se cuida de vítima menor de 14

⁴³⁶ ESTEFAM, *op. cit.* p.59.

⁴³⁷ *Idem ibidem*

⁴³⁸ *Idem*, p. 60.

⁴³⁹ JESUS, Damásio de. *op.cit.* p. 156.

anos de idade. Por isso, ausente o elemento qualificador do tipo (ofensa à dignidade sexual), penso que inexistente crime”.⁴⁴⁰

Por sua vez, Martelleto, defende a inconstitucionalidade parcial do artigo 217-A, pois ao desconsiderar a livre manifestação do menor e irrelevante seu assentimento, afronta-se os desígnios do artigo 227 da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer que as crianças e adolescentes não sejam sujeitos de direitos, mas meros objetos de intervenção dos adultos, negando autonomia aos adolescentes, “despreza as características pessoais daquele indivíduo, dispondo normativamente que ele não tem querer, que ele não tem desejo, e de que ele, como objeto, e não como sujeito, deve se submeter às designações do mundo adulto. Aí reside a inconstitucionalidade da lei”.⁴⁴¹

E continua:

Com efeito, a norma do artigo 217-A, do Código Penal, por inserir no ordenamento jurídico infraconstitucional um conceito implícito de presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima, quando menor de 14 anos, revela-se conflitante com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, positivado constitucionalmente como cláusula geral de proteção da personalidade, porquanto retira da suposta vítima o direito a uma relação sexual desejada e consentida, incriminando a conduta daquele que concorre para o ato.⁴⁴²

E ainda aduz que é inconstitucional o artigo 217-A, por ofensa ao princípio da razoabilidade por adotar-se um critério puramente etário/biológico de 14 anos e proporcionalidade, em relação o *quantum* da pena cominada. Concluindo que a norma do estupro de vulnerável:

[...] padece de inconstitucionalidade parcial, por extrapolar seu desiderato, seja ao adotar um conceito de vulnerabilidade pessoal pelo critério etário (menor de 14 anos), com presunção absoluta de violência, deixando de excepcionar circunstâncias fáticas admissíveis e toleradas socialmente, consubstanciadoras da dignidade da pessoa humana, seja pela desproporcionalidade, tanto na incidência da norma penal quanto pela pena cominada.⁴⁴³

⁴⁴⁰ Idem, p. 156.

⁴⁴¹ MARTELLETO, Fernando Campelo. Inconstitucionalidade parcial do Art. 217-A do Código Penal. Artigo Digital. Portal do Ibccrim, 2011, p.3. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10505-Inconstitucionalidade-parcial-do-art-217-a-do-codigo-penal>. Acesso em 04.10.2016.

⁴⁴² MARTELLETO, *op. cit.*, p.4-5.

⁴⁴³ Idem, p. 6.

Na trilha do mesmo pensamento Führer, crê na inconstitucionalidade da presunção absoluta, e que embora o novo sistema adotado pelo código dificulte a presunção relativa, “porquanto o texto legal não se refere mais claramente à presunção de violência em nenhum dos artigos. Não obstante esta presunção histórica está evidente na própria formulação do tipo do art. 217-A”.⁴⁴⁴

E acrescenta que, embora as modificações realizadas sejam possíveis na aplicação da nova lei a presunção relativa da vulnerabilidade:

[...] deve o julgador verificar com esmero se houve realmente um estupro ou apenas um inocente namoro. Para esta verificação fundamental, a própria lei já fornece a ferramenta. Considerado o caso em concreto, a atenção deve se voltar única e exclusivamente para o *necessário discernimento* e para a *capacidade de resistência* da vítima, vez que a conduta sexual do agente é objetivamente típica.⁴⁴⁵

Também Barretto sustenta que a presunção de violência foi deslocada para o conceito de vulnerabilidade do menor, e defende que a presunção de violência absoluta fere os princípios constitucionais da inocência, da razoabilidade, desta feita:

É seguramente objetivando também limitar o “absolutismo” da presunção de violência nos crimes sexuais praticados contra o menor que invocamos a aplicação ponderada da violência ficta, colocando-a em consonância com os verdadeiros postulados principiológicos da democracia.⁴⁴⁶

Isaac Guimarães, afirma que não se pode negar que nos dias atuais os adolescentes estão mais preparados sobre o próprio corpo e comportamentos sexuais, portanto mais hábeis a fazerem escolhas conscientes no âmbito da autodeterminação sexual. “De forma que o estabelecimento do critério etário para a determinação da vulnerabilidade não parece ser a melhor escolha.”⁴⁴⁷ Nessa linha Brodt, coloca que constatação da vulnerabilidade apenas comprovando-se a idade cronológica fere o princípio da culpabilidade:

⁴⁴⁴ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos Crimes Sexuais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2009.p.176.

⁴⁴⁵ FÜHRER, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁴⁶ BARRETTO, Kizz de Brito. *Sexualidade infanto-juvenil: a proteção jurídica da dignidade sexual das crianças e dos adolescentes*. Curitiba: Juruá. 2015. p.85.

⁴⁴⁷ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 162.

A exigência da responsabilidade penal subjetiva, requisito imprescindível à observância do princípio da culpabilidade entendido *lato sensu*, afasta, na hipótese, o emprego manifesto da presunção *jure et de jure*. Assim, ainda que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade equivalente com pessoa menor de 14 anos ou doente mental, é possível que não reste caracterizado o crime do art. 217-A.⁴⁴⁸

Também Reale Jr *et. al.* criticam a escolha aleatória de uma idade como linha fronteira entre o consento e a presunção de violência como algo muito arbitrário, nunca podendo ser tido de forma absoluta. Ademais o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera criança o menor de 12 anos e não se podem almejar leituras fechadas e desconectadas da realidade atual. “Mesmo com aparente formatação hermética, deve-se, sempre buscar elementos para possibilitar uma interpretação mais justa.[..] Não é toda a conjunção carnal com menor de 14 anos que deve ser tratada como estupro de vulnerável. Existem situações de modo e local que não permitem o rigor nessa interpretação.”⁴⁴⁹

Sugerem que se utilizem diversas fórmulas hermenêuticas para restringir a incidência típica e “há de se entender, enfim, que o consentimento do menor de 12 a 14 anos deveria, sempre, ser tido, de forma relativa, analisando-se o caso em concreto para a reprovação ou absolvição dos agentes”.

Igualmente, Bechara critica se estabelecer “de modo absoluto o marco biológico inicial da capacidade de autodeterminação sexual, dentro do complexo processo de desenvolvimento físico e psicológico do adolescente”⁴⁵⁰. Apesar da crítica, entende ser necessário, o estabelecimento de limites racionais para se punir as práticas sexuais com menores de 14 anos, mas, conclui pela “não admissibilidade da adoção de presunções absolutas em matéria penal sexual, possibilitando-se ao operador do Direito a análise do caso concreto, o que, é importante ressaltar, não torna os adolescentes e crianças desprotegidos, mas, antes, materialmente respeitados em sua dignidade”⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ BRODT, *op. cit.*, p.184.

⁴⁴⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Direito Penal: jurisprudência em debate: crimes contra a dignidade sexual, crimes contra a família, crimes contra a incolumidade pública, crimes contra a paz pública, crimes contra a fé pública. Vol. 3. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p.38.

⁴⁵⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Presunção de violência no estupro de vulnerável: comentário à decisão da 3ª Seção Criminal do STJ no ERESP 1.021.634. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n.97, p.511-551, jul/ago. 2012. p.547.

⁴⁵¹ BECHARA, *op. cit.*, p.548.

Para Martinelli, “deveria sim, a lei possibilitar a análise do caso concreto, pois menores entre 12 a 14 anos podem ter capacidade de discernimento”⁴⁵²

José Leal e Rodrigo Leal se juntam a essa corrente afirmando:

[...] a exemplo da violência presumida, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Essa é uma questão delicada, mas cremos que, em casos especiais, é possível admitir-se a exceção à regra geral, desde que essa condição de experiência sexual do sujeito passivo venha a constituir um fator determinante para o agente incidir em erro de tipo. [...] Cabe ressaltar que o afastamento da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos, em face de ações estupradoras, somente será admissível se as circunstâncias conduzirem o agente a um inevitável erro sobre a menoridade da vítima.⁴⁵³

Os referidos autores, entretanto reconhecem a relatividade da presunção de vulnerabilidade no caso de menor já possua experiência sexual e no caso de erro de tipo, isto é, quando o agente diante do comportamento da vítima ou sua experiência sexual acredita tratar-se de pessoa maior de 14 anos, incidindo, portanto, em erro quanto à elementar do tipo. Entretanto, erro de tipo não se confunde com presunção.

Sérgio Guimarães entende que o cerne da questão é se a vítima menor de 14 anos tem capacidade de se autodeterminar em matéria sexual e isso não se confunde com o conhecimento do agente sobre a idade de seu parceiro sexual. Ou seja, a questão da relatividade deve se centralizar na capacidade de consentimento do menor.

“Posta a questão nestes termos, podemos falar em vulnerabilidade relativa, que cede à realidade fática de que, no atual estágio cultural de nossa sociedade, uma pessoa menor de catorze anos poderá ter, sim, a capacidade de autodeterminação em matéria sexual.”⁴⁵⁴

Do mesmo modo, Ishida “a vulnerabilidade ou violência presumida atualmente é considerada relativa, admitindo prova em contrário.”⁴⁵⁵

⁴⁵² MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. Revista Síntese de direito penal e processual penal. Porto Alegre, v. 11, n 68, p.7-24, jun/jul. 2011, p.22.

⁴⁵³ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável.Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p.17-42, out-nov 2009, p. 33-34.

⁴⁵⁴GUIMARAES, Sergio Chastinet Duarte. Algumas questões problemáticas e outras nem tanto sobre a nova disciplina dos crimes sexuais. In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (Org.); MENEGAT, Marildo; CASARA, Rubens Roberto Rebello (Colab.).Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal:homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, p. 969-983, 2014, p. 974.

⁴⁵⁵ ISHIDA, Valter Kenji. Curso de Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010,p.422.

Aleixo assevera que a figura do estupro de vulnerável, reflete uma postura proibitiva e moralista sobre a sexualidade infanto-juvenil:

[...] que criminaliza o sexo consensual com menores de 14 anos, com pena mais severa do que a correspondente ao crime de estupro convencional, afronta o princípio da proporcionalidade. Ao presumir que os “menores de 14 anos não têm capacidade jurídica para consentirem na prática de atos sexuais, a legislação penal proibiu-os de se autodeterminarem sexualmente, transformando a natural experiência sexual em crime.”⁴⁵⁶

Monteiro, examinando a dignidade da pessoa humana e sendo essa um atributo intrínseco da pessoa humana, defende:

[...] a impossibilidade de negar-se, ainda que ao menor de 14 anos, sua autonomia, sua capacidade de, consciente de si, autodeterminar-se. Desta feita, cremos não ser possível interpretar-se o art. 217-A através de uma presunção *iuris et de iure*, sob pena de ofender a própria dignidade da vítima.⁴⁵⁷

De outra banda, um segmento da doutrina defende que a vulnerabilidade do menor de 14 anos estabelecida pelo legislador é absoluta, isto é, para os doutrinadores que serão analisados a seguir, o ato sexual com menor de 14 anos configura estupro de vulnerável, não havendo deixado a lei nenhuma brecha para a relativização.

Para Prado o menor de 14 anos não tem capacidade de consentir, por isso uma vez realizado o ato sexual com este, mesmo que tenha havido a anuência do menor, é irrelevante. Dessa forma, assevera:

[...] basta para o perfazimento do tipo a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos. Assim, configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o

⁴⁵⁶ALEIXO, Klelia Canabrava. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 17, n. 209, p. 8-9, abr. 2010.

⁴⁵⁷MONTEIRO, André Vinícius. Vulnerabilidade: Análise de um novo paradigma para os crimes sexuais. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo-SP, v.5, p.69-98, 2014. p. 79.

significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito.⁴⁵⁸

Para Mirabeti e Fabbrini uma das principais preocupações do legislador ao elaborar a nova lei foi conferir aos menores de 18 anos especial atenção contra os abusos e a exploração sexual. Somente em relação aos menores de 18 anos e maiores de 14 anos o legislador concede alguma liberdade sexual. Mencionam ainda que o legislador não adotou o critério etário do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a revogação da presunção de violência, o legislador ao se referir à idade do menor “como elemento das condutas típicas nos crimes descritos nos arts. 217-A a 218-B, teve a intenção de excluir possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais.”⁴⁵⁹

Especificamente, em relação à vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos fundamentam:

Diante da redação do art. 217-A, não há mais que se cogitar de presunção relativa de violência, configurando-se o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos, ainda quando constatado, no caso concreto, ter ele discernimento e experiência nas questões sexuais. É irrelevante também se o menor já foi corrompido ou exerce a prostituição, porque se tutela a dignidade sexual da pessoa independentemente de qualquer juízo moral.⁴⁶⁰

Oliveira e Costa embora se debrucem na questão da vulnerabilidade dos enfermos e dos doentes mentais, também se manifestam que sendo a vítima menor de 14 anos, tem-se hipótese de vulnerabilidade absoluta, pois “por mais arguta a criança ou o portador de doença mental e por mais epiceno que seja o ambiente em que vive, serão ainda imaturos na prática de atos sexuais.”⁴⁶¹

Giorgis, narra que a nova redação, aparentemente encerra as discussões iniciadas com o HC 73662 do Supremo Tribunal Federal que abriu precedente para a relativização da presunção de violência em 1996. “O laconismo do art. 217-A traz implícita a irrelevância do

⁴⁵⁸PRADO, *op. cit.* p. 848.

⁴⁵⁹MIRABETE; FABBRINI. *op. cit.* p.425.

⁴⁶⁰Idem, p. 427.

⁴⁶¹OLIVEIRA, Luana Pellegrini de; COSTA, Rafael de Oliveira. Da superação da incapacidade e vulnerabilidade absolutas como requisito para a configuração do crime previsto no artigo 217-A, §1º do Código penal, nas hipóteses de enfermidade ou doença mental. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, v. 14, n.59, p. 129-144, out/dez. 2015, p. 134.

consentimento do ofendido quanto à prática da libidinagem, pois delito haverá mesmo com tal assentimento.”⁴⁶²

Por sua vez, Busato disserta que foi justamente pela discussão jurisprudencial sobre o caráter relativo ou absoluto de tal presunção de violência, que “o legislador decidiu deixar clara a opção por uma presunção absoluta, ao estabelecer um tipo penal como o do art. 217-A, em que se especifica claramente o caráter objetivo e concreto do limite biológico que impõe responsabilidade ao autor. Não há dúvidas quanto à presunção absoluta adotada pela disposição legislativa.”⁴⁶³

Na mesma direção Marcão e Gentil: “Não nos parece, contudo, haver espaço para contestar que a conjunção carnal, ou o ato libidinoso, com as pessoas mencionadas no *caput* do art. 217-A configuram estupro de vulnerável, sem ter relevância alguma o seu eventual consentimento.”⁴⁶⁴ E ainda na mesma linha Mayrink da Costa: “não há de se falar em conhecimento ou dissenso de pessoa vulnerável, nem o emprego de violência ou grave ameaça, basta a prática de conjunção carnal ou de outro ato de libidinagem contra criança ou adolescente até os 14 (catorze) anos, *ciente* o autor desta faixa etária.”⁴⁶⁵

Greco, mesmo antes do advento da Lei 12.015 já era defensor da presunção absoluta da violência, agora com a novel legislação, mais do que nunca defende que a vulnerabilidade é absoluta, pois para ele não há dado mais objetivo do que a idade. Menciona que em várias passagens do Código Penal, foi utilizado o critério etário tanto da vítima quanto do autor do delito em diversos institutos penais, como por exemplo, atenuantes e agravantes.

Com a criação do estupro de vulnerável acredita que irá se encerrar a discussão da presunção, pois surgiu justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima.

Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 anos. [...]

O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados nos §1º do art. 217-A do Código Penal. Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de a vítima era menor de 14

⁴⁶²GIORGIS, José Carlos Teixeira. Crimes sexuais e a pessoa vulnerável. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 20-34, fev./mar. 2010. p.33.

⁴⁶³BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte especial. São Paulo: Atlas. 2014. p.833.

⁴⁶⁴MARCÃO, GENTIL. *op. cit.*, p.193.

⁴⁶⁵COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: parte especial. Injustos contra a sociedade. vol. 6. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p.179.

anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de *estupro de vulnerável*. [...].

O núcleo ter, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo constranger, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.⁴⁶⁶

Nesse diapasão, Gonçalves defende que o legislador abdicou do sistema de presunção:

A Lei 12.015/2009 abandonou o sistema de presunções de violência que vigorava no regime antigo, e estabeleceu *objetivamente* como crime o ato de manter relacionamento sexual com uma das pessoas vulneráveis elencadas no tipo penal, ainda que com seu consentimento. Se o agente sabia tratar-se de pessoa definida na lei como vulnerável não poderia manter ato sexual com ela. Se o fez, responde pelo crime. Essa orientação consta expressamente da Exposição de Motivos que originou a Lei n. 12.015/2009, onde o legislador manifestou claramente sua intenção de acabar com a interpretação antes existente de que a presunção de violência era relativa.⁴⁶⁷

Na mesma direção, Capano sustenta que “o legislador tipificou a conduta, objetiva- sem qualquer ilação sobre presunção de violência”⁴⁶⁸ Desta feita, a lei vedou objetivamente a prática de ato sexual com o menor de 14 anos.

Não discrepa o entendimento de Cabette, que considera a revogação dos casos de presunção de violência do art. 224 e sua inserção no estupro de vulnerável “um verdadeiro

⁴⁶⁶GRECO, op. cit. p. 532-534..

⁴⁶⁷GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Dos Crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.28.

⁴⁶⁸ CAPANO, Evandro Fabiani. Dignidade sexual: comentários aos novos crimes do título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-b) alterados pela Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

‘golpe de mestre’ na polêmica acerca da validade da presunção de violência nos crimes sexuais.”⁴⁶⁹ E afirma que:

Com a criação do estupro de vulnerável pretendeu o legislador contornar toda essa polêmica, simplesmente erigindo à condição de ilícito penal a conduta em si de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais sem discernimento ou com pessoa que por qualquer outra causa não pode ofertar resistência. A partir de agora não há que se falar em alguma presunção nem mesmo eventual equiparação, mas simplesmente na existência de uma proibição legal com sanção penal para quem pratique essas espécies de condutas.⁴⁷⁰

Para Moreira Filho, “pela legislação atual, não mais se admite a discussão sobre o caráter absoluto ou relativo da presunção de violência, já que tal sistemática foi abolida de nossa legislação penal”.⁴⁷¹ Questiona se o menor de 14 anos possui capacidade suficiente para permitir que outrem com ele pratique o ato sexual, e infere que o menor não possui o necessário discernimento para a prática do ato.

Carneiro é taxativo ao afirmar que é proibido manter relações sexuais com pessoa menor de quatorze anos, independente da vítima já possuir experiência sexual anterior ou de seu consentimento:

A figura em questão pune todo aquele que mantém relação sexual com indivíduo (a) menor de quatorze anos, sendo ele homem ou mulher, e como já explicitado anteriormente, independente do consentimento da vítima, ficando assim, revogada a figura prevista no art. 224 CP,[...] Agora o dispositivo foi substituído pelo estupro contra vulnerável. Tal alteração teve o condão de acabar com as discussões acerca da relativização da presunção de violência nos casos em que a vítima consentia com a prática da conjunção carnal ou de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, de modo que agora não se presume mais a violência, ao passo que a prática por si só é proibida.⁴⁷²

⁴⁶⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes contra a dignidade sexual: temas relevantes. Curitiba: Juruá, 2010, p. 34.

⁴⁷⁰ CABETTE, *op. cit.*, p.36.

⁴⁷¹ MOREIRA FILHO, Guaracy. Código Penal Comentado. 4 ed. São Paulo: Rideel, 2014. p. 445.

⁴⁷² CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araújo et.al. Código Penal Comentado e sua interpretação pelos tribunais. 2 ed. Campo Grande: Contemplar, 2015. p.851.

Segue na mesma linha Monteiro de Barros, que apenas menciona que a vulnerabilidade decorre da idade imatura, pouco importando se tem ou não experiência sexual para a configuração do crime⁴⁷³.

Por sua vez, Delmanto avalia como critério absoluto de vulnerabilidade a idade da vítima:

Com a revogação do artigo 224 do CP, que previa para essa hipótese a chamada presunção de violência, objeto de inúmeras discussões (principalmente se ela era relativa ou absoluta), basta, agora, para a configuração desse grave crime que a vítima tenha menos de 14 anos e o agente saiba dessa circunstância. Observe-se que, ao contrário do art. 213, neste art. 217-A não é necessário que haja constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, mesmo porque o seu eventual consentimento, para fins penais, não é válido.⁴⁷⁴

No mesmo sentido Gentil, expõe que o legislador foi cuidadoso e se esmerou para evitar a discussão sobre a eventual relatividade, pois não utilizou o verbo *constranger* e sim os verbos *ter* ou *praticar*. Assim:

Quer dizer, a partir da interpretação literal da norma, não é mesmo possível considerar a possibilidade de uma presunção de violência relativa, porque a **presunção de violência simplesmente desapareceu da lei** e também porque eventual flexibilização que alguns (como o Ministro Marco Aurélio) davam ao verbo *constranger*, núcleo do tipo legal do estupro (antes e agora) não mais é viável porque o núcleo do tipo no estupro de vulnerável é *ter* ou *praticar*. Mesmo se fazendo uma interpretação sistemática (do texto do atual art. 217-A com outros do Código Penal e outras leis penais), é praticamente impossível encontrar uma saída para afirmar que *ter* ou *praticar* são condutas que admitem alguma valoração da vontade do sujeito passivo quanto ao resultado da conduta.⁴⁷⁵

Por derradeiro, indagando se a nova reforma legislativa teria colocado um fim à discussão acerca do caráter absoluto ou relativo da presunção de violência, D'Elia, também segue a linha de que não há mais presunção de violência e que a vulnerabilidade é absoluta:

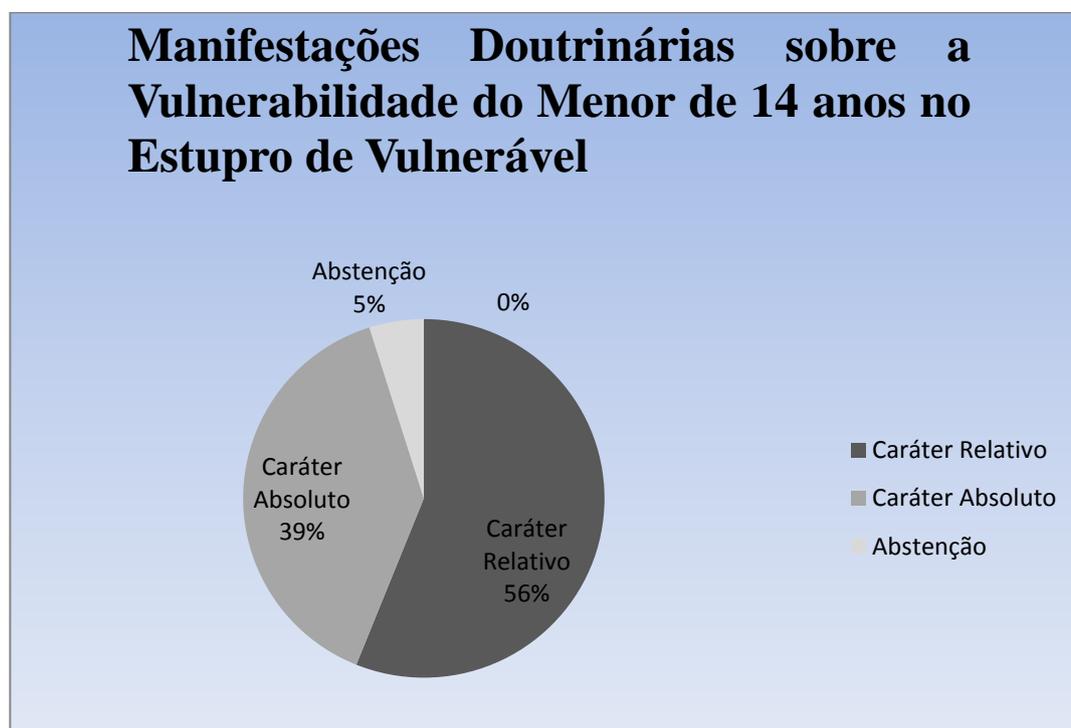
⁴⁷³ Ver BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Crimes contra a dignidade sexual. Araçatuba, SP: editora MB, 2010, p.42.

⁴⁷⁴ DELMANTO, Celso. *et. al.* Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8 ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p.705.

⁴⁷⁵GENTIL, Plínio. Estupro de Vulnerável Consentido: uma Absolvição Polêmica. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v 8., n. 45. p.65-70, dez/jan 2012.

No crime de estupro de vulnerável, por exemplo, o legislador afastou a anterior e polêmica figura da presunção relativa de violência, quando praticado ato sexual com menor de quatorze anos, para inserir, de forma absoluta, a figura do estupro de vulnerável. [...] Sob esse prisma, tem-se que no atual momento a presunção de violência é absoluta quando da prática de atos sexuais com menores de quatorze anos, o que encontra respaldo principiológico⁴⁷⁶.

Para realizar essa pesquisa bibliográfica foram analisadas 41 obras⁴⁷⁷ que abordam o debate atual sobre a vulnerabilidade do menor de 14 anos no estupro de vulnerável. Sendo que do total, em 23 obras os doutrinadores se posicionaram pela relativização da vulnerabilidade, o que corresponde no percentual de 56%. Em sentido contrário, em 16 obras os autores se manifestaram no sentido de ser absoluta a vulnerabilidade para o menor de 14 anos, correspondendo a 39%. Houve dois doutrinadores, Capez e Monteiro de Barros, que embora tenham mencionado a existência da controvérsia doutrinária preferiram não se manifestar sobre o caráter da presunção de vulnerabilidade, o que corresponde a 5%. Veja-se o gráfico abaixo:

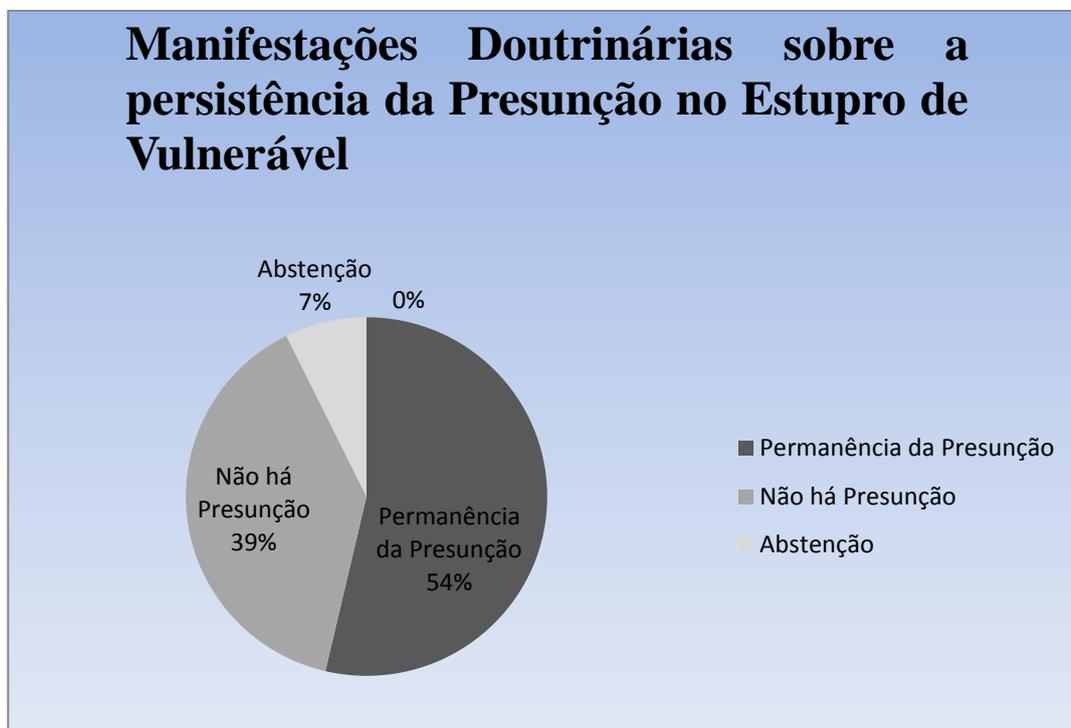


Fonte: Elaboração Própria

⁴⁷⁶D'ELIA. Fabio Suardi. Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade. 2012. 355p. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012 p.69-70

⁴⁷⁷ Especificamente: Livros, Artigos e Códigos Penais Comentados.

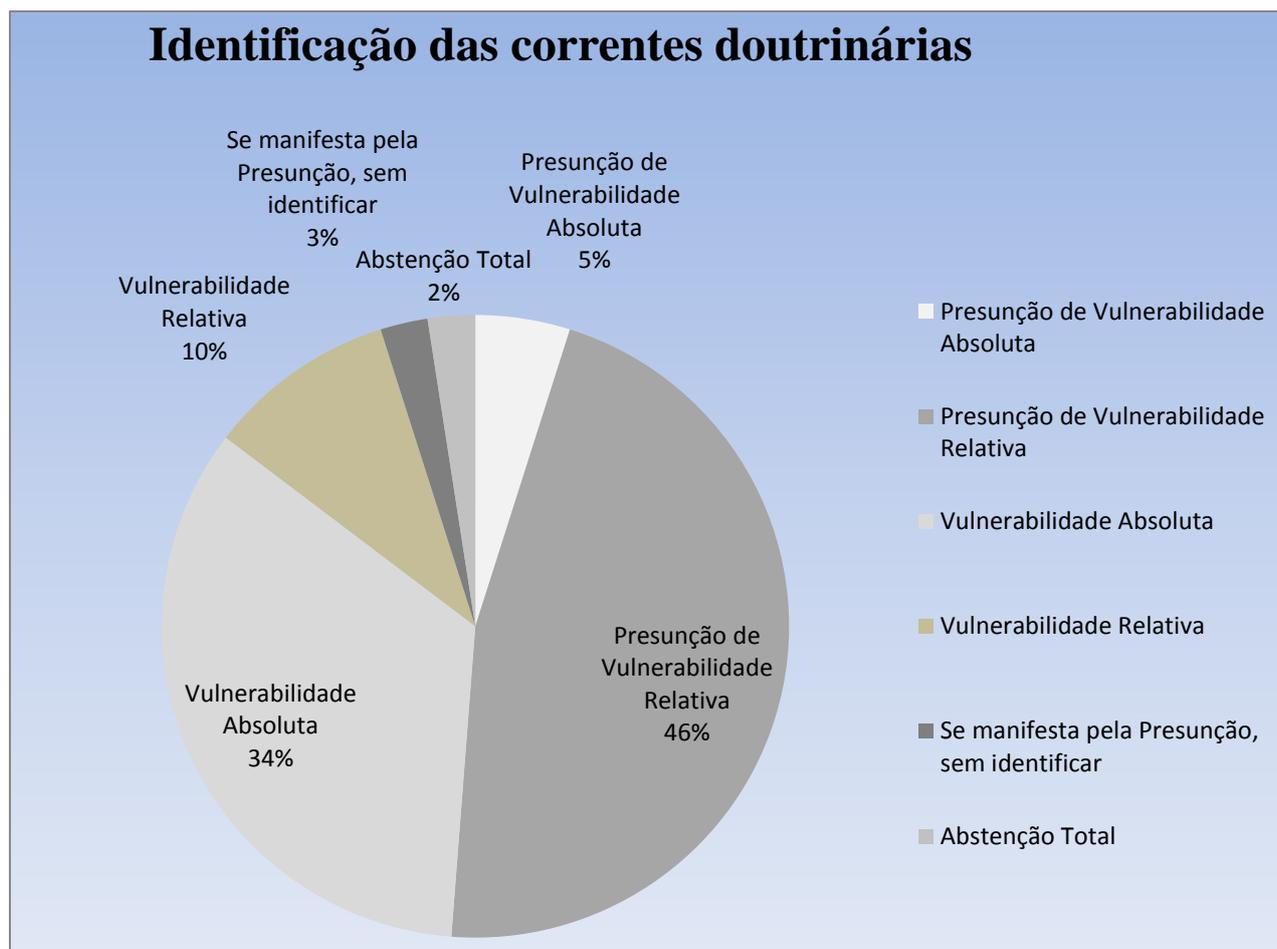
No gráfico abaixo busca-se identificar como se divide a doutrina em relação a permanência ou não da presunção jurídica no estupro de vulnerável.



Fonte: Elaboração Própria

Portanto, para 54% dos doutrinadores persiste a figura da presunção no estupro de vulnerável, e para 39% esta foi banida. Não se manifestaram sobre a presunção 7% dos doutrinadores.

Na busca de identificar as mencionadas 4 correntes doutrinárias utilizou-se das mesmas 41 obras, elaborou-se o seguinte gráfico:



Fonte: Elaboração Própria

Em relação as 4 correntes existentes, 46% se manifesta pela Presunção de vulnerabilidade relativa, sustentando que persiste a figura da presunção jurídica; e apenas 5%, pela presunção de vulnerabilidade absoluta.

Dentre os que defendem a exclusão da presunção, 34% pela vulnerabilidade absoluta e 10% vulnerabilidade relativa.

Um autor (Capez), manifesta que persiste a presunção, mas não diz se absoluta ou relativa, que representa 3%. Já Monteiro de Barros, se abstém totalmente, correspondendo 2%. Portanto, pode-se concluir que a doutrina majoritária hoje é pela presunção de vulnerabilidade relativa

Por sua vez, a doutrina pelo caráter absoluto da vulnerabilidade (39%), apresenta 34% dos doutrinadores se manifestando pelo fim da presunção, e somente 5% pela persistência da presunção.

Destacando-se que os adeptos da vulnerabilidade absoluta apresentam como principais justificativas:

-a presunção legal da vulnerabilidade é absoluta, pois o menor de 14 anos não tem capacidade de consentir, sendo irrelevante seu consentimento ou experiência sexual anterior; e

- o artigo 217-A eliminou qualquer hipótese de presunção, adota um critério objetivo: a idade, menor de 14 anos.

Assim sendo, essa última vertente doutrinária defende que não se pode mais falar em presunção de violência e/ou vulnerabilidade, uma vez que não há nada que se presumir na redação do caput do art. 217-A há somente elementos objetivos e normativos. A expressão “menor de 14 anos” é um elemento objetivo normativo do tipo penal.

4.2 A Controvérsia Jurisprudencial sobre a Vulnerabilidade do Menor de 14 anos

Será analisada a evolução histórica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destacando-se o embate entre a quinta e sexta câmaras criminais sobre a relativização ou não da presunção de violência/vulnerabilidade, e os principais argumentos apresentados por cada vertente. Posteriormente, analisa-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e suas argumentações.

4.2.1. Metodologia de pesquisa da jurisprudência

Objetiva-se verificar se após a criação do delito de estupro de vulnerável, as cortes superiores brasileiras superaram o conflito jurisprudencial sobre a presunção de violência ou se foi transposta a questão para o delito de estupro de vulnerável. Duas são as hipóteses: a vulnerabilidade no referido delito é absoluta; ou pelo contrário é relativa.

Portanto, optou-se por desempenhar uma pesquisa de abordagem quantitativa (referindo-se ao número de acórdãos julgados) e também qualitativa (em relação a argumentação utilizada pelos acórdãos em determinado sentido, em um espaço amostral). Restringiu-se essa análise as decisões procedentes do Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo para interpretar o direito penal infraconstitucional no Brasil, e do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo para interpretar o direito penal constitucional.

Como ainda havia vários processos em andamento, isto é, delitos praticados anteriormente a entrada em vigor da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, mas julgados sob a égide da nova foi também necessário analisá-los.

Deste modo, primeiramente realizou-se pesquisa de jurisprudência no site do Superior Tribunal de Justiça, encontrando no campo pesquisa pronta o seguinte parâmetro de busca “**violência presumida nos crimes de estupro de vulnerável**”, constando 492 acórdãos.

Limitando o período de tempo em que os acórdãos foram registrados a partir de 07 de agosto de 2009, entrada em vigor da nova lei 12.015/2009, até 25 de setembro de 2016. Retornaram como resultado 227 acórdãos. A coleta desse material foi realizada no dia 25 de setembro de 2016.

O critério de análise foram duas variáveis: violência presumida de caráter absoluto e de caráter relativo. Eliminando-se aqueles que não abordavam essas variáveis chegou-se ao número de 123 acórdãos.

Sendo que desses, 114 são no sentido de que a presunção de violência é de caráter absoluto e 9 de caráter relativo (todos esses tratam de fatos praticados antes da entrada em vigor da Lei. 12015/2015)

Uma vez estabelecidos esses critérios, dividiram-se os acórdãos em dois blocos o de “caráter relativo” e o de “caráter absoluto”. No primeiro bloco, cada um foi qualitativamente analisado de acordo com a fundamentação jurídica trazida à luz dos autos, identificando-se 3 testes de fundamentação.

Já no segundo bloco foram analisados qualitativamente 39 acórdãos. A partir de então, excluíram-se os acórdãos com fundamentação idêntica e/ou similar. Após as exclusões, permaneceram 3 diferentes tipos de teses nos acórdãos.

4.2.2 Análise Jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça

No período de tempo delimitado para pesquisa, encontraram-se acórdãos de condutas perpetradas antes da vigência da Lei 12.015, portanto vislumbra-se ainda a antiga nomenclatura, a saber estupro e/ou atentado violento ao pudor com violência presumida, bem como delitos já praticados sob a vigência da nova lei, com a nova nomenclatura “estupro de vulnerável”.

4.2.2.1 Argumentação do caráter relativo da presunção de violência

Da análise dos acórdãos conforme o descrito no item supra, obteve-se o seguinte resultado: 123 acórdãos no total, sendo que desses, 9 determinavam que a presunção de violência é de caráter relativo.

Desses 9 acórdãos, obtiveram-se 3 teses consideradas para fins de análise qualitativa da presunção relativa da violência. Tais se resumem nos seguintes:

1. Recurso Especial n 430.615/MG (conduta praticada antes da lei 12.015)
2. Recurso Especial 804.999/ SC (conduta praticada antes da lei 12.015)
3. Recurso Especial 637.361/ SC (conduta praticada antes da lei 12.015)
4. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.214.407 / SC (conduta praticada antes da lei 12.015)
5. Recurso Especial nº 1.189.374 / MS (conduta praticada antes da lei 12.015)
6. Recurso Especial nº 494.792/SP (conduta praticada antes da lei 12.015)
7. Habeas Corpus nº 110.876/RS (conduta praticada antes da lei 12.015)
8. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº1.021.634 / SP (conduta praticada antes da lei 12.015)
9. Agravo Regimental no Recurso Especial nº1.303.083/ MG (conduta praticada antes da lei 12.015)

Como todas as condutas foram praticada antes de entrar em vigor a Lei 12.015/2009, se limitará a reportar os considerados mais importantes.

Os acórdãos listados sob os números de 1 a 5, referem-se a primeira tese de relativização; o número 6 a segunda tese, e de 7 a 9 a terceira tese.

Tese 1: Casuística: vítima menor 14 e maior de 12 anos de idade e\ou mantinha relacionamento amoroso com o réu.

A fundamentação central é que se trata de situações da vida das pessoas que afastam o injusto da conduta do acusado. No Recurso Especial 637.361, onde o Ministro Og Fernandes deixa claro que a nova orientação da Sexta Turma do STJ é no sentido de

relativização da violência presumida, conforme o caso concreto, quando se tratar de vítima maior de 12 anos e menor de 14 anos e há relacionamento amoroso entre os sujeitos.

No agravo regimental no Recurso Especial 1.214.407 / SC, o Ministro Sebastião se filia a essa nova corrente jurisprudencial da Sexta Câmara do STJ, utilizando os mesmos argumentos. Portanto, uma nova jurisprudência surgiu na Sexta Câmara do Superior Tribunal de Justiça, possibilitando a relativização em casos excepcionais, desde que a vítima tenha idade entre 12 a 14 anos e envolvimento afetivo entre ambos.⁴⁷⁸

Tese 2: Equiparação do conceito de criança do Estatuto da Criança e Adolescente com o Código Penal para fins de presunção de violência

Em 02 de fevereiro de 2010, o Ministro Celso Limongi, analisando o Recurso Especial nº 494.792/SP, decide pela relativização da presunção de violência, também se tratando de um crime cometido antes da vigência da nova lei. Seus argumentos são exatamente iguais ao proferido no HC 88.664/ GO, que já foi analisado no capítulo II.

Mas, o relator ao final de seu voto ressalta que por trata-se de delito praticado anteriormente ao advento da Lei 12.015, o raciocínio se mantém, qual seja, a presunção de violência contra adolescente não pode ser considerada absoluta, mas sim relativa.

⁴⁷⁸Oportuno mencionar que há acórdãos de caráter absoluto, onde houve Ministro que se posicionava pela relatividade, embora tenha sido vencido. Nesse sentido, o voto do Ministro Honildo Amaral de Mello, no Recurso Especial 1.123.607/. Em sua fundamentação o relator considera os seguintes pontos relevantes para se relativizar:

- a evolução do direito e dos costumes, das informações a tempo real, das quebras de tabus, das orientações escolares, as jovens ainda que de uma idade de presunção absoluta têm uma outra compreensão dos relacionamentos sexuais.
- Que no âmbito da Sexta Câmara do STJ, há acórdãos que consideram a presunção relativa, circunscrita a cada caso concreto, excepcionalmente para afastar o delito, nas hipóteses em que ficar evidenciado relacionamento amoroso e duradouro entre réu e vítima.
- Que a vítima consentira com os atos por cerca de dois anos consecutivos, e também voluntariamente manteve relacionamentos sexuais com outros homens.

Ainda ressalta que o crime fora cometido antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09 e, portanto, os fatos são regidos pela lei vigente à época do fato, salvo para beneficiar o réu. E “a despeito desse novo, entendimento, continuo a compreender que pela evolução dos costumes, “do ficar” de quase todas as adolescentes que substituiu o “namorar de mão dada no portão de casa”, não pode ficar adstrito ao critério objetivo da idade, senão o exame peculiar de cada caso concreto, permissa vênua dos que entendem ao contrário”. E baseado em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, caderno Equilíbrio, de 21 de maio de 2009, diz que “a antecipação da puberdade é um fenômeno mundial relacionado a fatores como a melhor alimentação, acrescentando que as meninas de hoje são mais informadas e encaram com mais naturalidade a transição rumo à vida adulta. Encaminhando-se ao final de seu voto argumenta que a hermenêutica penal deve ser pautada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Interpretação com base em critérios absolutos só tem espaço nas ciências exatas, pois o direito trata com valores humanos e por isso não pode ser inflexível. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1010268&num_registro=200900849970&data=20101122&formato=PDF

Portanto, a tese central baseia-se no Estatuto da criança e do Adolescente estabelecendo os seguintes critérios: se a vítima é menor de 12 anos (criança), esta não tem capacidade de consentir validamente, pois nos termos do Estatuto ela não se sujeita a sanções penais, não sofre a medida socioeducativa, o legislador considerou-a sem capacidade de compreensão. Logo, sempre haverá o delito sexual, ou seja, a violência presumida será de caráter absoluto. Se a vítima é maior de 12 anos (adolescente), e o legislador no Estatuto entendeu que possui alguma capacidade de compreensão, pois pode receber medidas socioeducativas se pratica ato infracional, então seu consentimento poderá ser válido, conforme o caso concreto. Para o Ministro é um contra censo não considerar sua vontade para deliberar sobre sua liberdade sexual.

Tese 3: Consentimento Válido do Menor, Princípio da Ofensividade e Transformação da sociedade

No julgamento do Habeas Corpus n 110.876/RS o Ministro Nilson Naves ao iniciar seu voto, imediatamente expressa que não há que se falar em presunção absoluta de violência em crime de estupro contra menor de 14 anos, tratando-se de fato anterior à Lei 12.015/09.

No seu voto para embasar sua posição se reporta ao bem jurídico tutelado e da evolução dos costumes através dos tempos. Os principais argumentos de sua fundamentação são:

- As mudanças ocorridas na sociedade desde a edição do Código Penal, pois na atualidade, as crianças e adolescentes amadurecem precocemente, estando mais preparadas para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades daí decorrentes.

- Que o principal fundamento da intervenção jurídico penal é tutelar os bens jurídicos, no caso da sexualidade a liberdade sexual, isto é proteger as crianças e adolescentes contra abusos ou violência sexual. Como a violência presumida é uma ficção jurídica, e a vítima conscientemente e validamente consentiu na relação sexual, não houve lesão ao bem jurídico. A ofensividade do bem jurídico deve advir de uma conduta do agente e não de uma

ficção legal, o que também acaba por atingir o princípio da culpabilidade. E por fim, se apóia na fundamentação da ministra Maria Theresa⁴⁷⁹.

Vê-se aqui mais uma vez, que os ministros adeptos da presunção *irus tantum*, utilizam exatamente a mesma argumentação de seus votos, antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09.

Diante a existência de entendimentos divergentes entre a Quinta Câmara⁴⁸⁰ e a Sexta Câmara, que formam a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça foram opostos Embargos de Divergência, na tentativa de pacificar a jurisprudência⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Conforme já analisado supra: a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, a situações da vida das pessoas que afasta a existência da violência do ato consensual quando decorrente de mera relação afetivo-sexual

⁴⁸⁰ Como será visto no próximo tópico para a Quinta Câmara a presunção de violência é de caráter absoluto.

⁴⁸¹ Os embargos de divergência têm como função principal pacificar os entendimentos não harmônicos dentre as Turmas/Seções do STJ. A discussão acerca da natureza da presunção de violência, se absoluta ou relativa, já havia sido levada à Terceira Seção do STJ, anteriormente algumas vezes, sendo que sempre venceu o caráter absoluto:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO DE CARÁTER ABSOLUTA. EMBARGOS PROVIDOS. 1. O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida a menor de 14 anos, em que ainda não haja efetiva violência física ou real, esta será presumida, diante de uma certa restrição na capacidade da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual. 2. Estando tal proteção apoiada na innocentia consilii da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas conseqüências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto. Precedentes do STJ e STF. 3. O MPF manifesta-se pelo provimento dos embargos. 4. Embargos de Divergência providos". (EREsp 666.474/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 03/04/2009).

Num segundo momento, a Seção deliberou nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CRIME DE ESTUPRO CONTRA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. CONSENTIMENTO DO MENOR. IRRELEVÂNCIA. 1. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de 14 (catorze) anos, em razão de sua incapacidade volitiva. 2. O consentimento do menor de 14 (catorze) anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro ou atentado violento ao pudor, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária. 3. Uma vez que o crime foi praticado com violência presumida, descabe aplicar a agravante do art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, sob pena de indevido bis in idem, porque a menoridade da vítima é circunstância elementar do crime. Precedentes. 4. Embargos de Divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, bem como o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, mas com a concessão de habeas corpus, de ofício, para excluir da pena imposta ao Réu o aumento decorrente da agravante genérica, tornando-a definitiva em 06 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto". (EREsp 688.211/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2008, DJe 17/11/2008).

Em um terceiro momento, a Seção deliberou assim:

"PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA 'A', AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA. I - No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos. II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3ª Seção, e da 5ª e 6ª Turmas e do STJ). Embargos de divergência desprovidos". (EREsp 762.044/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2009, DJe 14/04/2010).

Esse acórdão proferido pela Terceira Seção, sobre a violência presumida prevista no revogado art. 224, a do Código Penal, teve como resultado, por maioria de votos, que a presunção deve ser relativizada conforme o caso concreto, renunciando diante de situações em que reste demonstrada a inexistência de violação do bem jurídico tutelado.

Este acórdão suscitou grande repercussão tanto no meio jurídico quanto no meio social, pois pela primeira vez vence na Terceira Seção o caráter relativo da violência presumida. Veja-se a ementa:

EREsp 1.021.634 / SP

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

2011/0099313-2

Relator(a):Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131)

Órgão Julgador:TERCEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento: 23/11/2011

Data da Publicação/Fonte: DJe 23/03/2012

EMENTA PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, "A", DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos.[sem grifo no original]⁴⁸²

Trata-se no caso versado de três vítimas menores de 14 anos, que realizavam programas em troca de dinheiro. A ministra relatora Maria Thereza, fundamenta no seu voto que o direito não pode restar estático diante das transformações sociais e culturais das últimas décadas, pois o Código Penal quando preconizou a presunção de violência em 1940, contava com outro contexto. Atualmente, não entende ser juridicamente defensável a presunção absoluta diante de uma realidade que afasta o injusto da conduta do acusado.

A Ministra Maria Thereza se ancora em vários precedentes, para a sua fundamentação: a compatibilização do Estatuto da Criança e Adolescente com o Código

⁴⁸²BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em :https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079892&num_registro=201100993132&data=20120323&formato=PDF

Penal, uma vez que a considera adolescente pessoa com 12 anos de idade, que já recebe inclusive medida socioeducativa se praticar ato infracional; na escolha aleatória de uma idade como marco divisório entre o consentimento válido e presunção de violência, pois nem todos os indivíduos se desenvolvem da mesma forma, portanto, nem sempre esse limite jurídico estará adequado. E também na tese de violação do princípio da culpabilidade, pois o agente deve responder penalmente pelo fato praticado e não por uma abstração, uma presunção do legislador.

E finalmente, a Ministra defende que **não houve lesão ao bem jurídico tutelado**, liberdade sexual, pois as vítimas já se prostituíam. Assevera a Ministra:

Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado, *in casu*, a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam há algum tempo. Dessa forma, considero que a presunção de violência prevista no revogado artigo 224, alínea "a", do Código Penal, deve ser considerada de natureza relativa, conforme assentado nos julgados proferidos pela Sexta Turma desta Egrégia Corte⁴⁸³

Acompanharam o voto da relatora os Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze, Vasco Della Giustina e Adilon Vieira Macabu.

Em sentido contrário, no seu voto-vista o Ministro Gilson Dipp, defende o caráter absoluto da violência presumida apresentando dois argumentos:

1) A consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que persevera no entendimento de que a interpretação do art. 224, alínea 'a', do Código Penal, é pela vertente do caráter absoluto, há mais de trinta anos, apesar de suas diversas composições. Trata-se de matéria constitucional, de estreita competência do STF, uma vez que o artigo 227, parágrafo 4, determina que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual contra crianças e adolescentes. Logo, por ser a Suprema Corte, sua orientação deve ser seguida pelas demais cortes, inclusive o STJ.

2) Seguir o entendimento da relatora que relativiza a presunção de violência com base no comportamento sexual das vítimas (que já se prostituíam), é inverter a ordem dos papéis no processo, ou seja, as vítimas tornando-se réis, sendo julgadas e reprovadas pelos

⁴⁸³ Idem, p. 12.

seus comportamentos sem oportunidade de defesa. Não é por outra razão, que o art. 224, 'a', deve ser interpretado como um dever geral de abstenção, os adultos não devem e não podem se aproveitarem da menoridade para satisfazer sua lascívia. “Nesse sentido, a lei penal deve seguir o mandado expresso de criminalização prescrito pela Constituição no art. 227 § 4º, deve ser interpretada com absoluto rigor de modo a lograr a mais completa efetividade desse valor constitucional.”⁴⁸⁴

Também argumenta que compatibilizar o ato infracional cometido por crianças e adolescentes que recebem medida socioeducativa prevista no ECA, ao comportamento da vítima com experiência sexual ou supostamente degradada para excluir a tipicidade é um argumento transversal. Mostra-se relevante consignar, ademais, trecho do seu voto:

[..]o regime do ECA, embora penalize certas condutas de crianças e adolescentes, longe está de estigmatizá-las com caráter definitivo e discriminatório como fez a sentença, sem qualquer respeito aos direitos das menores. O tipo do art. 244-B do ECA, por exemplo, sugere que o agente adulto que se aproveita de menor para a prática de delitos sujeita-se também à responsabilidade, mostrando indiretamente que, ao contrário da valorização da conduta do menor, cuida-se de incrementar o desvalor da conduta do adulto.

Por essa razão a possibilidade de ser o menor responsabilizado por atos infracionais não traduz por si só fundamento para, no caso de estupro contra menor de 14 anos, sobrevalorizar o comportamento da vítima como fator de exclusão do crime do agente, em especial quando se cuida de adolescente feminina caso em que esse juízo depreciativo ainda reforça manifesto e injusto preconceito contra a mulher.

Ademais, o comportamento da vítima, de regra – embora com exceções que a própria lei estipula -- é antes circunstância judicial considerada para a fixação da pena-base do agente (art. 59 CP), não se prestando à exclusão de tipicidade .

Por derradeiro, o fato é anterior à nova redação do Código Penal, mas, fosse ele posterior, ainda assim a solução não seria diferente pois agora a figura do estupro de vulnerável nem mais cogita de violência, presumindo-a pela só ocorrência da conjunção carnal com menor de 14 anos (art. 217-A), pouco importando assim a conduta da vítima.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ Idem. p.22.

⁴⁸⁵ Idem, p. 23

Como se vê, o Ministro sugere uma harmonização da jurisprudência pátria, respeitando-se a posição do STF, que é o órgão competente para apreciar matérias constitucionais, como é o caso, segundo o ministro. No mesmo sentido, votando pela presunção absoluta os ministros Laurita Vaz e Sebastião Reis, sendo vencidos.

Em março de 2012, o Superior Tribunal de Justiça publica essa decisão da Terceira Seção, e o impacto dessa relativização da violência presumida foi enorme a ponto da Corte ter que se manifestar através de sua assessoria de imprensa⁴⁸⁶.

Também na mídia e, conseqüentemente na sociedade brasileira, ganhou grande vulto⁴⁸⁷, tendo o Presidente do STJ manifestar que era possível a decisão ser revista⁴⁸⁸. A

⁴⁸⁶ STJ 27/3/2012 Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa.

Para a 3ª seção do STJ, a presunção de violência no crime de estupro tem caráter relativo e pode ser afastada diante da realidade concreta. A decisão diz respeito ao artigo 224 do CP, revogado em 2009.

Segundo a relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado – no caso, a liberdade sexual. Isso porque as menores a que se referia o processo julgado se prostituíam havia tempos quando do suposto crime.

Dizia o dispositivo vigente à época dos fatos que “presume-se a violência se a vítima não é maior de catorze anos”. No caso analisado, o réu era acusado de ter praticado estupro contra três menores, todas de 12 anos. Mas tanto o magistrado quanto o tribunal local o inocentaram, porque as garotas “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”.

Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), a própria mãe de uma das supostas vítimas afirmara em juízo que a filha “enforcava” aulas e ficava na praça com as demais para fazer programas com homens em troca de dinheiro.

“A prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado”, afirmou o acórdão do TJSP, que manteve a sentença absolutória.

Divergência: A Quinta Turma do STJ, porém, reverteu o entendimento local, decidindo pelo caráter absoluto da presunção de violência no estupro praticado contra menor de 14 anos. A decisão levou a defesa a apresentar embargos de divergência à Terceira Seção, que alterou a jurisprudência anterior do Tribunal para reconhecer a relatividade da presunção de violência na hipótese dos autos.

Segundo a ministra Maria Thereza, a Quinta Turma entendia que a presunção era absoluta, ao passo que a Sexta considerava ser relativa. Diante da alteração significativa de composição da Seção, era necessário rever a jurisprudência.

Por maioria, vencidos os ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior, a Seção entendeu por fixar a relatividade da presunção de violência prevista na redação anterior do CP.

Relatividade: Para a relatora, apesar de buscar a proteção do ente mais desfavorecido, o magistrado não pode ignorar situações nas quais o caso concreto não se insere no tipo penal. “Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado”, afirmou. “O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais”, completou.

“Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo”, concluiu a relatora.

O número deste processo não é divulgado em razão de sigilo judicial. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI153347,41046Editorial+Migalhas+comenta+decisao+do+STJ+sobre+estupro+de+menores>

⁴⁸⁷ Jornal Folha de São Paulo 28/3/2012: **Ministra critica decisão do STJ sobre estupro de menores de 14 anos.** A ministra da Secretaria de Direitos Humanos, Maria do Rosário, manifestou nesta quarta sua indignação com o entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça) sobre estupro de vulneráveis. Ontem (27), a Terceira

reação da sociedade foi negativa⁴⁸⁹, parlamentares, associações em defesa dos direitos das crianças e adolescente todos criticaram a decisão, chegando a própria ONU se manifestar⁴⁹⁰.

Seção da Corte decidiu que atos sexuais com menores de 14 anos podem não ser caracterizados como estupro, de acordo com o caso. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/03/1068660-ministra-critica-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-menores-de-14-anos.shtml>

Jornal Folha de São Paulo 29/03/2012: **Ministro da Justiça diz que é contra decisão do STJ sobre estupro.** STJ entende que, nem sempre, o ato sexual com menores pode ser considerado estupro

O ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, manifestou-se contra decisão tomada terça-feira pela Terceira Seção do STJ (Superior Tribunal de Justiça), segundo a qual nem sempre o ato sexual com menores de 14 anos pode ser considerado estupro.

Segundo Cardozo, as decisões do tribunal têm de ser respeitadas, mesmo que se discorde delas. "Eu, como estudioso do direito, tenho uma posição contrária, mas o STJ deu essa decisão. Não sei se ela será mantida, se será definitiva. Aguardemos o resultado final", disse o ministro, após participar, no tribunal, da abertura do Prêmio Inovare, destinado aos autores de iniciativas de inovação no campo jurídico. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/03/1068989-ministro-da-justica-diz-que-e-contra-decisao-do-stj-sobre-estupro.shtml>

⁴⁸⁸ Jornal Estadão, 29/3: **STJ admite rever decisão sobre estupro**

O presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ari Pargendler, admitiu nesta quinta-feira, 29, que a Corte pode rever o julgamento em que inocentou um homem que manteve relações sexuais com meninas de 12 anos. Pelo entendimento do tribunal, a relação sexual entre um homem e crianças menores de 14 anos de idade não configura necessariamente o crime de estupro. "É um tema complexo. Foi decidido por uma seção do tribunal. É a palavra do tribunal, mas evidentemente cada caso é um caso. O tribunal sempre está aberto para a revisão de seus julgamentos. Talvez isso possa ocorrer", admitiu Ari Pargendler. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,stj-admite-rever-decisao-sobre-estupro,855156>

⁴⁸⁹ Jornal Folha de São Paulo, 4/4: **Após críticas, STJ nega incentivar a prostituição infantil**

Após as polêmicas em torno da decisão em que inocentou um homem acusado de estuprar três meninas de 12 anos, o Superior Tribunal de Justiça publicou nesta quarta-feira uma nota em que nega incentivar a prostituição infantil e a pedofilia. Na decisão do tribunal, publicada na semana passada, os ministros levaram em conta o fato de as meninas se prostituírem para considerar que elas tinham condições de consentir com o sexo. Não ficou provada a violência na relação. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/04/1071969-apos-criticas-stj-nega-incentivar-a-prostituicao-infantil.shtml>

Folha, 4/4: **Decisão do STJ que absolveu acusado de estupro é alvo de recurso**

O Ministério Público Federal entrou com recurso contra a decisão do STJ (Superior Tribunal de Justiça) que absolveu um acusado de estuprar três meninas de 12 anos. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/04/1071627-decisao-do-stj-que-absolveu-acusado-de-estupro-e-alvo-de-recurso.shtml>

⁴⁹⁰ONU, 5/4:Escritório de Direitos Humanos da ONU condena decisão do STJ que inocentou acusado de estupro contra três meninas. O Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) deplorou a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Brasil que inocentou um acusado de estuprar três meninas de 12 anos de idade. O Tribunal argumentou que as crianças já se dedicavam à prática de atividades sexuais. "É impensável que a vida sexual de uma criança possa ser usada para revogar seus direitos", disse Amerigo Incalcaterra, Representante Regional do ACNUDH para a América do Sul. "A decisão do STJ abre um precedente perigoso e discrimina as vítimas com base em sua idade e gênero", acrescentou. ONU – Organização das Nações Unidas. Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). Disponível em: <http://acnudh.org/pt-br/escritorio-regional-de-direitos-humanos-da-onu-condena-decisao-do-stj-que-inocentou-acusado-de-estupro-contra-tres-menores-de-12-anos/> Acesso em 18.08.2016.

Revista Veja, 5/4/2012:ONU critica decisão do STJ sobre estupro de crianças

Tribunal inocentou um homem da acusação de estupro contra três meninas de 12 anos na semana passada

A decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que inocentou um homem da acusação de estupro contra três meninas de 12 anos na semana passada desagradou os representantes de direitos humanos das Nações Unidas. Nesta quinta-feira, a instituição divulgou um comunicado classificando como "deplorável" a decisão dos ministros do tribunal.

No julgamento, o STJ decidiu que nem sempre fazer sexo com menor de 14 anos pode ser considerado estupro. No caso específico, o acusado manteve relações com as três menores, que, segundo a defesa, eram prostitutas. O tribunal concluiu que a presunção de violência no crime de estupro pode ser afastada em algumas circunstâncias

Veja-se a nota pública emitida pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República:

Sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que inocentou um homem da acusação de ter estuprado três meninas de 12 anos de idade, sob a alegação de que a presunção de violência no crime de estupro pode ser afastada diante de algumas circunstâncias, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) informa que encaminhará solicitação ao Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, e ao Advogado-Geral da União, Luiz Inácio Adams, para que analisem medidas judiciais cabíveis para reversão dessa decisão. Entendemos que os Direitos Humanos de Crianças e adolescentes jamais podem ser relativizados. Com essa sentença, um homem foi inocentado da acusação de estupro de três vulneráveis, o que na prática significa impunidade para um dos crimes mais graves cometidos na sociedade brasileira. Esta decisão abre um precedente que fragiliza pais, mães e todos aqueles que lutam para cuidar de nossas crianças e adolescentes. Sobre o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a absolvição do acusado, com a justificativa de que as vítimas, à época dos fatos, ‘já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo’, consideramos inaceitável que as próprias vítimas sejam responsabilizadas pela situação de vulnerabilidade em que se encontram. Confiamos em que o Poder Judiciário brasileiro fará uma reflexão sobre os impactos dessa decisão e terá condições de revertê-la, garantindo os Direitos Humanos de crianças e adolescentes”.⁴⁹¹

Como se vê a própria Secretária de Direitos Humanos entendeu por bem se manifestar repudiando a decisão, pois o principal fundamento para a absolvição do réu foi a condição socioeconômica das vítimas, que infelizmente precocemente já tinham que se relacionar sexualmente em troca de dinheiro. Entretanto, os adeptos da corrente relativa coadunaram com a decisão do STJ. Nesse vértice, Reale Júnior et. al., comentam a nota pública da Secretaria de Direitos Humanos:

Não se trata, contudo, de impunidade a um dos crimes mais graves cometidos na sociedade brasileira. Nem mesmo de se aceitar, ou referendar, a prostituição infantil.

Disponível em: <http://veja.abril.com.br/brasil/onu-critica-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-criancas/> Acesso em 18.08.2016.

⁴⁹¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: [ww.sdh.gov.br/importacao/2012/03/28-mar-2012-nota-publica-sobre-decisao-do-stj-que-inocentou-acusado-de-estupro-de-vulneraveis](http://www.sdh.gov.br/importacao/2012/03/28-mar-2012-nota-publica-sobre-decisao-do-stj-que-inocentou-acusado-de-estupro-de-vulneraveis). Acesso em 18.08.2016.

Trata-se, sim, de responsabilidade e prudência judicial, amplamente elogiáveis pela sua forma e serenidade, ao cuidar de adolescentes, sob a lei, merecedores de tratamento específico. Ainda que se admita que a presunção de violência deva ser absoluta para crianças, não o é, nem pode ser, para os de mais de 12 anos de idade.⁴⁹²

Defendem a relativização da violência presumida, admitindo-se a prova em contrário para vítimas maiores de 12 anos, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, sobreveio a oposição de embargos de declaração⁴⁹³, em que o Ministério Público Federal suscitou a intempestividade dos embargos de divergência. A intempestividade foi afastada pelo voto da Ministra Relatora, mas constatada pelo Ministro Gilson Dipp, que acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para não conhecer do recurso, no que foi acompanhado pelos demais Ministros. Significa dizer que o embargo de divergência não mais subsiste no mundo jurídico, é como se jamais tivesse existido.

Enfim, esses foram os acórdãos encontrados no site do Superior Tribunal de Justiça e suas respectivas argumentações que decidiram pelo caráter relativo da presunção de violência, ressaltando que **nenhum dos fatos foi cometido sob à égide da Lei 12.015/2009**.

4.2.2.2 Argumentação do caráter absoluto da presunção de violência

Da análise dos acórdãos conforme o descrito no item 4.2, obteve-se 123 acórdãos que determinavam que a presunção de violência fosse de caráter absoluto. Dentre esses a grande maioria tratam de delitos praticados antes da promulgação da Lei 12.015/09.

Desses acórdãos, excluíram-se os acórdãos com fundamentação idêntica e/ou similar, obtiveram-se 20 acórdãos considerados para fins de análise qualitativa, nos termos do 4.2 desta pesquisa. Tais se resumem nos seguintes:

⁴⁹² REALE JUNIOR, Miguel (Coord.) Direito Penal: jurisprudência em debate: crimes contra a dignidade sexual, crimes contra a família, crimes contra a incolumidade pública, crimes contra a paz pública, crimes contra a fé pública. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 35-36.

⁴⁹³ Ver Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Recurso Especial, EDcl nos EREsp 1021634/SP. BRASIL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1136649&num_registro=201100993132&data=20120904&formato=PDF

1. Habeas Corpus nº 83.788/MG (conduta praticada antes da Lei 12.015)
2. Recurso Especial n 871.603 (conduta praticada antes da Lei 12.015)
3. Recurso Especial 1.184.236/; TO (conduta praticada antes da Lei 12.015)
4. Habeas Corpus 138.239 / ES (conduta praticada antes da Lei 12.015)
5. Habeas Corpus n 246.394/DF ; (conduta praticada antes da Lei 12.015)
6. Embargos de Divergência em Recurso Especial n 1.152.864/ SC (conduta praticada antes da Lei 12.015)
7. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 706012 / GO (conduta praticada antes da Lei 12.015)
8. Recurso Especial 1371163/DF (conduta praticada após a Lei 12.015)
9. Agravo Regimental no Recurso Especial 1369872 / SP (conduta praticada antes da Lei. 12.015)
10. Habeas Corpus 236004/ AM (conduta praticada após a Lei 12.015)
11. Habeas Corpus 322696 / RJ (conduta praticada após a Lei 12.015)
12. Recurso Especial n 1.480.881- PI (Recurso Repetitivo) (conduta praticada após a Lei 12.015)
13. Revisão Criminal 3121 / MG (fato anterior a lei 12.015)
14. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1420767/SC (conduta anterior a Lei 12.015)
15. Agravo Regimental no Recurso Especial 1427049/TO (conduta praticada após a vigência da Lei 12.015)
16. Agravo Regimental no Recurso Especial 1472138/GO (conduta praticada após)
17. Agravo Regimental no Recurso Especial 1372003/SC (conduta praticada antes da lei 12.015)
18. Agravo Regimental no Recurso Especial 1496359/RR (conduta praticada após a vigência da Lei 12.015)
19. Agravo Regimental no Recurso Especial 1585111/MG (conduta praticada após a vigência da Lei 12.015)
20. Habeas Corpus 359733/RS (conduta praticada após a vigência da Lei 12.015)

Os acórdãos listados sob os números de 1 a 4, referem-se a primeira tese de fundamentação; os de número 5 e 6 da segunda tese, e de 7 a 20 a terceira tese.

Tese 1: Incapacidade de consentir: irrelevância de consentimento, comportamento ou experiência anterior da vítima, relacionamento amoroso.

A primeira tese encontrada em um dos primeiros acórdãos julgados sobre a natureza da presunção de violência, após a entrada em vigor da Lei 12.015/09 foi que a presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, alínea 'a', do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal do estupro.

Quanto à eventual consentimento da vítima ou eventual experiência sexual anterior, a Ministra Laurita Vaz em outro acórdão, Recurso Especial n 871.603 de 10 de agosto de 2010, entende que esses são irrelevantes para a caracterização do tipo penal de estupro ou atentado violento ao pudor, pois trata-se de uma proibição legal no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária.

No mesmo sentido, Habeas Corpus 138.239, publicado no DJ de 21/06/2011 de lavra do Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Nesse Habeas Corpus, o impetrante sustenta que a vítima mantinha relacionamento amoroso com o paciente, sendo a relação recíproca e consensual. Mesmo diante de tal argumentação, o Ministro defende a presunção absoluta de violência na prática do delito, pois o menor de 14 anos não tem capacidade volitiva. Os pontos relevantes de sua fundamentação são a restrição da capacidade volitiva do menor de se posicionar diante dos fatos sexuais, o que não significa ausência de conhecimento de natureza sexual, contudo a falta de amadurecimento para a vida sexual e suas seqüelas; é justamente a imaturidade que o torna indefeso, daí a necessidade da intervenção do Estado para protegê-lo.

Tese 2 – Segurança Jurídica (Uniformização da Jurisprudência)

No Habeas Corpus n 246.394/DF o ministro relator Sebastião Reis Júnior na sua fundamentação pelo caráter absoluto da presunção de violência, traz uma nova perspectiva, qual seja, a necessidade de respeitar a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal.

Após a realização pelo Ministro Gilson Dipp de cuidadoso levantamento da jurisprudência dominante sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, ser de natureza

absoluta, o Ministro Sebastião Reis Júnior preocupou-se que essa jurisprudência consolidada viesse a ser desrespeitada por qualquer tribunal, seja ele federal, estadual ou nacional. Sua principal inquietação é que uma vez, o Superior Tribunal de Justiça, decidindo em alguns casos pela relativização da presunção de violência isso gerará uma insegurança jurídica.

Portanto, o Ministro preocupa-se com a necessidade dos tribunais e dos juízes de respeitarem os precedentes jurisprudenciais fixados pelas Cortes Superiores, de transmitirem confiança aos jurisdicionados estabelecendo estabilidade e previsibilidade dos julgados para estabelecer-se um sistema jurídico estável.

Assim, o Ministro ainda coloca que como “a questão encontra-se pacificada tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto neste próprio Tribunal, onde, por três vezes, em momentos distintos, com composições distintas, esta Terceira Seção firmou o mesmo entendimento há muito já consolidado no Supremo: a presunção de violência no caso de estupro é absoluta”.

Em face, dessa argumentação curvou-se à jurisprudência consolidada na corte suprema brasileira, votando pelo reconhecimento do caráter absoluto da presunção de violência.

Enquanto, na Sexta Câmara do Superior Tribunal de Justiça, alguns acórdãos relativizavam a presunção de violência, segundo as teses já analisadas supra, na Quinta Câmara os acórdãos eram no sentido antagônico pelo caráter absoluto. Lembrando que o último Embargo de Divergência de 2011 havia relativizado a violência presumida, mas foi constatada sua intempestividade.

Passados mais de dois anos, novamente a controvérsia sobre a presunção de violência, foi apreciada pela Terceira Seção. Os Ministros mais uma vez, discutiram se a antiga redação do art. 224, a, do Código Penal, antes da alteração promovida pela Lei 12.015/09 era de caráter absoluto ou relativo.

Nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1152864/ SC, ao votar a Ministra Laurita Vaz reitera a sua posição pela natureza de caráter absoluto, pois em que pese o contexto da chamada vida moderna, não acredita ser razoável atribuir capacidade de discernimento a vítima do processo, com apenas 12 anos.

Em seus argumentos, destaca-se que faz referência a nova Lei 12.015, e a sua *mens legis*: “Diante da literalidade da Lei Penal em vigor, parece-me iniludível que quis o Legislador proteger a liberdade sexual do **menor de catorze anos**, infligindo um dever geral

de abstenção, porquanto se trata de pessoa que **ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações.**⁴⁹⁴

A Ministra segue a linha de que o menor de 14 anos não tem capacidade de autodeterminar-se, de avaliar as conseqüências do ato sexual, por isso, o legislador entendeu por bem protegê-los, através da submissão a todos do dever de abstenção, isto é, não deve haver ato sexual com os mesmos. Também realiza uma comparação com o Código Civil, que considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de 16 anos⁴⁹⁵. Conforme a Ministra, “A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o **incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo** para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual”⁴⁹⁶.

Assim, como para a lei civil o menor de dezesseis anos é considerado incapaz para o direito penal o menor de 14 anos, pelo seu desenvolvimento físico e psicológico incompleto também é incapaz de consentir, pouco importando seus antecedentes sexuais.

Ao final de seu voto destaca-se que explicitamente faz referência novamente a Lei 12.015 e ao delito de estupro de vulnerável, argumentando que se o legislador quisesse poderia ter diminuído a idade para se questionar sobre a capacidade de consentir com o ato sexual, mas preferiu manter a idade de 14 anos e ainda aumentou a pena para esse fato, agora denominado estupro de vulnerável. Portanto, é da vontade do legislador considerar que o menor de 14 anos não consente validamente para o ato sexual, logo a violência está inserida à conduta.

Após essa decisão da Terceira Seção, pacificou-se a controvérsia sobre a natureza da presunção de violência para considerá-la absoluta, sendo irrelevante o consentimento da vítima ou sua anterior experiência sexual. Até mesmo os Ministros que, anteriormente, decidiam pela relativização passaram a adotar o caráter absoluto, em respeito a harmonia da jurisprudência agora pacificada no Superior Tribunal de Justiça.

Todos os acórdãos localizados que tratam de estupro ou atentado violento ao pudor com violência presumida, praticados antes da nova lei, e apreciados após o Embargos de Divergência da Terceira Seção de 26/02/2014, encontram-se com a fundamentação que a Terceira Seção firmou, ou seja, a presunção de violência é absoluta, sendo irrelevante, para

⁴⁹⁴ Idem, p. 9 (grifo original).

⁴⁹⁵ Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. BRASIL. Código Civil Brasileiro, LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso 20.09.2016

⁴⁹⁶ Embargo de divergência nº1152864, p. 9 (grifo original). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296790&num_registro=201200444868&data=20140401&formato=PDF

fins de configuração do delito, a aquiescência da adolescente ou mesmo o fato de a ofendida já ter mantido relações sexuais anteriores.⁴⁹⁷

Portanto, os acórdãos que defendem o caráter absoluto da presunção de violência, levam em conta a proteção dos menores de 14 anos, de sua liberdade sexual, pois são pessoas ainda em desenvolvimento que não possuem amadurecimento suficiente, por isso mesmo merecem ser protegidas.

Entretanto, começam a surgir para apreciação do Superior Tribunal de Justiça, os primeiros recursos com a nova tipificação, estupro de vulnerável. E algumas decisões de segundo grau afastaram a tipicidade, absolveram o autor do delito descrito no art. 217-A do Código Penal – estupro de vulnerável –, com argumentos de que não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando, a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo, afastando, portanto, a vulnerabilidade da vítima.

Tese 3- Estupro de Vulnerável: critério objetivo

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar os delitos de estupro de vulnerável, ou seja, fatos praticados sob a égide da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 afasta a discussão se houve ou não violência (real, grave ameaça ou presumida), pois o novo tipo penal na sua redação não faz menção a presunção de violência, ao contrário, afirma que ter conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com menor de 14 anos constitui crime.

Nesse sentido, os Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, EDcl no AgRg no Ag 706012 / GO, também da lavra da Ministra Laurita Vaz, afirmando que “a configuração do tipo estupro de vulnerável prescinde da elementar violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, como se vê da redação do art. 217-A, nos termos da Lei n.º 12.015/2009”⁴⁹⁸. A presunção de violência é dispensada no novo tipo penal.

⁴⁹⁷Nesse sentido, REsp 897734 / PR; AgRg no REsp 1330503 / MG; REsp 897734 / PR; HC 191405 / SP.

⁴⁹⁸BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=945897&num_registro=200501490513&data=20100322&formato=PDF

No mesmo sentido, o Recurso Especial 1371163/DF, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior proferido no julgamento de 25.06.2013. In verbis:

REsp 1371163/ DF

RECURSO ESPECIAL

2013/0079677-4

Relator(a)

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Órgão Julgador: SEXTA TURMA

Data do Julgamento: 25/06/2013

Data da Publicação/Fonte: DJe 01/08/2013

Ementa

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. **PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido – que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade – subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima.

2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes.

3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou *in casu*.

4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do *decisum* condenatório de primeiro grau, nos termos do voto.⁴⁹⁹

⁴⁹⁹BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1248165&num_registro=201300796774&data=20130801&formato=PDF

Nesse acórdão o Ministro Sebastião enfrenta uma decisão de segundo grau que absolveu o réu alegando-se estar afastada a tipicidade do fato, uma vez não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando, a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo.

Mais uma vez, vê-se a tentativa de afastar a tipicidade alegando-se que a vítima menor de 14 anos consentiu validamente e mantinha relacionamento afetivo. Mas agora na redação do novo delito, estupro de vulnerável, não se faz referência a violência, seja física, moral ou presumida, então, busca-se afastar a condição de vulnerável da vítima. Ao invés de utilizar-se a expressão “presunção de violência” passa-se a utilizar “presunção de vulnerabilidade”.

Em seu voto, o Ministro- relator examina o tipo penal e assim motiva seu voto:

Da exegese da norma supra, cabe ressaltar, primeiramente, que **a menoridade da vítima passa a integrar o tipo penal, além disso, a categoria jurídica pessoa vulnerável revela-se um conceito novo no Direito Penal, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, e deve ser entendido como toda criança ou mesmo adolescente com menos de 14 anos de idade.**

Sobre o tipo descrito no art. 217-A do Código Penal, sublinhe-se que, com a alteração promovida pela Lei n. 12.015/2009, a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos deixou de ser uma simples modalidade do tipo penal comum de estupro, para assumir a categoria de tipo penal autônomo tipologicamente, além de contar com denominação específica. A mudança, portanto, não se restringiu a um mero deslocamento topográfico, do espaço normativo anteriormente ocupado (art. 224 e suas alíneas) para o espaço do novo art. 217-A do Código Penal. Atualmente, o ordenamento jurídico passou a ser integrado por mais esta infração penal – estupro contra pessoa vulnerável –, cuja conduta se identifica, em sua parte fundamental, com aquela descrita no art. 213, caput, do Código Penal.

Em síntese, com a criação de um segundo tipo penal de estupro, passaram a coexistir, no Direito Penal pátrio, duas figuras criminosas distintas, autônomas, quais sejam: o estupro comum, para os não vulneráveis (art. 213); e **o estupro contra pessoa vulnerável (art. 217-A), que deve ser classificado como um crime peculiar, que não exige, a meu ver, para sua consecução, violência ou grave ameaça.[sem grifo no original]**⁵⁰⁰

⁵⁰⁰ Idem, p. 6-7

Por conseguinte, resta clarividente que no estupro de vulnerável criou-se uma hipótese objetiva para a subsunção do fato, qual seja, a idade da vítima. Basta ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, não se admitindo prova em contrário.

Menciona ainda, que buscou o legislador com o novo tipo penal encerrar o debate tão polêmico sobre a natureza da presunção de violência contida no artigo 224, alínea a, ora revogado. Veja-se:

Ou seja, ciente o legislador de que existia tanto no campo doutrinário – mais – quanto no campo jurisprudencial – menos – divergência sobre a presunção absoluta no caso de estupro de menor de 14 anos, sua intenção, ao estabelecer um critério objetivo no art. 217-A, foi a de evitar que tal debate prosseguisse. Ocorre, porém, que tal debate não se encerrou.⁵⁰¹

Também demonstra em seu voto, novamente a preocupação em respeitar-se a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal que consolidou o caráter absoluto da presunção de violência e no mesmo sentido, a vontade do legislador com o novo tipo penal. Encerra assim seu voto:

O fato é que a condição objetiva prevista no art. 217-A se encontra presente e, portanto, ocorreu o crime imputado ao recorrido. **Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso**, o que efetivamente se verificou in casu (fls. 4/6, 176/189 e 265/282), **para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação do estupro de vulnerável, conduta descrita no art. 217-A do Código Penal.** [sem grifo no original]⁵⁰²

Destarte, rechaça a tese de presunção relativa da vulnerabilidade, uma vez que é condição objetiva, isto é, elementar do crime, praticar ato sexual com menor de 14 anos, pouco importando a existência de violência, em qualquer modalidade.

⁵⁰¹ Idem, p. 10

⁵⁰² Idem, p. 19.

No mesmo sentido, o Agravo Regimental no Recurso Especial, AgRg no REsp 1369872 / SP, de lavra do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/09/2013.⁵⁰³

No seu voto o Ministro, deixa claro que com a alteração realizada pela lei 12.105/09, para a existência do crime de estupro de vulnerável é dispensável a presunção de violência, não se cogita mais se há presunção absoluta ou relativa, restando clara a finalidade de proteção da dignidade sexual dos vulneráveis.

Tal entendimento vai se consolidando no Superior Tribunal de Justiça. No mesmo diapasão, o Habeas Corpus 236006/AM, de relatoria da Ministra Maria Thereza, no qual a fundamentação passa a ser que constitui objetividade normativa do crime ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

A Ministra Maria Thereza, foi uma das precursoras da relativização da presunção da violência do art. 224, alínea 'a' do CP, entretanto diante promulgação da nova lei, que introduz o crime de estupro de vulnerável, revê seu posicionamento. Nesse sentido, mostra-se relevante consignar, ademais, trecho da sua argumentação:

Outrora, antes das modificações introduzidas pela referida norma, externei o meu posicionamento no EREsp 1021634/SP, de minha relatoria, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 23/03/2012, no sentido de não ser "juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado". Asseri que "não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado, *in casu*, a liberdade sexual", a fim de concluir que "a presunção de violência prevista no revogado artigo 224, alínea 'a', do Código Penal, deve ser considerada de natureza relativa". Por fim, pontuei que deixava de "tecer comentários à novatio legis, Lei 12.015/09, a qual revogou a norma do artigo 224 e criou o artigo 217-A do Código Penal, que disciplina o estupro de vulnerável, a fim de permitir que tão elevado tema tenha sua própria e peculiar apreciação em momento adequado". O atual quadro normativo-penal clama por novéis reflexões a respeito de tão espinhoso tema. Com o advento da Lei n.º 12.015/09, inaugurou-se celeuma doutrinária sobre a possibilidade de relativização da presunção de violência, a persistir, segundo alguns jurisconsultos, aos adolescentes - ou seja, maior de 12 (doze) anos, conforme previsto no Estatuto Menorista, e menor de 14 (catorze) anos, de acordo com o limite estipulado no artigo 217-A do Código Penal. Não obstante, a mim me parece que a alteração da norma penal do estupro de vulnerável apresentou considerações objetivas e taxativas, embora motive certa preocupação o fato de

⁵⁰³BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1267732&num_registro=201300629912&data=20131002&formato=PDF

eventualmente o legislador sanar discussões doutrinárias e jurisprudenciais com a modificação do tipo, conforme ressuma da justificativa do Projeto de Lei do Senado n.º 253/2004 (que originou o Projeto de Lei n.º 4.850/2005, o qual desaguiu na Lei n.º 12.015/09). Ei-la: "

(...) O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra a adolescentes a partir de 14 anos devem ser lidos a partir do novo art. 217 proposto. Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal Apesar de poder a CPMi advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática. Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais. Não é demais lembrar que, para a Convenção da ONU, criança é toda pessoa até a idade de 18 anos. Entretanto, a considerar o gradual desenvolvimento, respeita-se certa liberdade sexual de pessoas entre 14 e 19 anos." (...) (Disponível em: . Acesso na data de: 08 de maio 2014)

Dessarte, em sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos e tendo o acusado conjunção carnal com a pessoa vulnerável nos termos legais, a imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal mostra-se plausível na espécie. Nessa senda, entende-se por despreciando o consentimento da vítima.

A fundamentação passa a ser que constitui elemento objetivo do crime ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos, logo passa a ser irrelevante se houve ou não o consentimento do menor, pois a vontade do legislador foi que o tipo penal, estupro de vulnerável, comporte presunção absoluta de violência.

O artigo 217-A do Código Penal, estabeleceu um elemento normativo que concretiza o tipo penal referido, independentemente de qualquer outra avaliação: a vítima ter menos de 14 anos. Desse modo, é absolutamente irrelevante, para a tipificação do delito, os antecedentes sexuais da vítima ou seu consentimento.

Todavia, continuaram sendo interpostos recursos ao Superior Tribunal de Justiça, pois em segundo grau, alguns Tribunais de Justiça estaduais, estavam absolvendo os autores de estupro de vulnerável. Com argumentos como: consentimento válido da vítima, relacionamento amoroso ou prévia experiência sexual, alegava-se que não estava caracterizada a presunção de vulnerabilidade da vítima, assim afastando a tipicidade.

Perante, a multiplicidade de recursos e a relevância da questão, em fevereiro de 2015, no Recurso Especial n 1.480.881- PI, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, o mesmo decidiu submeter o julgamento deste recurso como representativo de controvérsia⁵⁰⁴ à Terceira Seção. Significa dizer que, após o seu julgamento haverá uma unificação da interpretação jurisprudencial em todo o território nacional. Pacificando assim, no âmbito dos tribunais a interpretação da determinada presunção relativa ou absoluta de vulnerabilidade.

Em 26 de agosto de 2015 é proferido o julgamento, cuja ementa se lê:

RECURSO REPETITIVO

REsp 1480881/ PI

RECURSO ESPECIAL

2014/0207538-0

Relator(a) :Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento: 26/08/2015

Data da Publicação/Fonte: DJe 10/09/2015

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E

⁵⁰⁴ Recursos Repetitivos são recursos que trazem como fundamento teses jurídicas idênticas àquelas contidas em outros recursos. Identifica se existe uma multiplicidade de recursos especiais fundamentados em idêntica questão jurídica. Sendo assim, o ministro relator, se entender que os recursos especiais recebidos preenchem os requisitos legais, irá afetá-los para julgamento, ou seja, submetê-los ao rito dos recursos representativos de controvérsia. O procedimento de afetação dará a devida publicidade à questão jurídica a ser decidida pelo STJ e acarretará a suspensão de todos os processos que possuírem a mesma questão jurídica no país.

Uma vez julgado o recurso representativo de controvérsia, sua decisão será publicada pelo órgão julgador (Seção ou Corte Especial). Os demais recursos repetitivos fundados em idêntica controvérsia:

1. Se já distribuídos no STJ, serão julgados pelo ministro Relator, nos termos do artigo 932, IV, b e 932, V, b, ambos do Código de Processo Civil;
2. Se não distribuídos no STJ, serão julgados pela presidência do Tribunal, nos termos da Resolução STJ n. 17, de 4/9/2013;
3. Se sobrestados nos tribunais de origem, terão seguimento na forma prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil.

CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a

14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: **Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.** [grifo original]⁵⁰⁵

Trata-se de um recurso especial em que o Ministério Público do Piauí recorreu da decisão do Tribunal de Justiça daquele estado que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação da defesa para absolver o réu. O Tribunal de segunda instância entendeu que a conduta do ora recorrido, apesar de se enquadrar a figura típica do artigo 217-A do Código Penal, foi em erro de tipo e que a violência presumida existente no tipo exige que a vítima encontre-se em posição de vulnerabilidade, o que não teria se apurado.

Nas contrarrazões do Recurso Especial o recorrido alega que no crime de estupro de vulnerável, não basta a tipicidade formal, deve ser considerado a evolução da sexualidade nos dias atuais, o consentimento do menor ao ato sexual, e a existência da ofensa ao bem jurídico, e finalmente que houve erro de tipo quanto a idade da vítima.

Em seu voto, o Ministro relator coloca que a questão central a ser analisada é se caracteriza-se o tipo penal, denominado estupro de vulnerável, quando a vítima menor de 14 anos consente com a prática do ato sexual. No presente caso a vítima já desde os seus 8 anos

⁵⁰⁵https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435047&num_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF

teria sido envolvida pelo recorrido, iniciando-se o namoro, tendo sua primeira relação sexual com o mesmo aos 11 anos de idade, conforme a sentença condenatória de primeiro grau.

O Ministro faz referência à decisão da Segunda Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Piau, que por unanimidade absolveu o acusado, entendendo que a menor desde o início quis namorar o acusado, havendo um relacionamento afetivo entre ambos e, portanto, sempre houve o consentimento e discernimento da vítima, não podendo assim ser considerada vulnerável.

Quando passa ao mérito de seu voto, o Ministro adverte que antes mesmo da vigência da Lei 12.015, a interpretação da alínea “a” do artigo 224 do Código Penal, vinha se estabilizando, embora tenha havido divergências entre a quinta e sexta turma do STF, com os embargos de divergência, Recurso Especial n. 1.152.864/SC de abril 2014, restou superada a controvérsia, materializando-se o reconhecimento da presunção absoluta de violência no delito de estupro ou atentado violento ao pudor, mesmo diante do consentimento da vítima menor. E no mesmo sentido, no Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, com o advento da nova lei, não há mais imprecisões:

[..] as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09 ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, **não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente. [grifo original].**⁵⁰⁶

Quanto ao fato de não estar evidenciada a vulnerabilidade da vítima, segundo o tribunal *a quo*, o Ministro faz uma dura crítica que merece ser transcrita:

Vê-se que o julgado seguiu um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o réu. [...]

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminoso ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou

⁵⁰⁶ Idem , p.19.

“criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados.

[...]

Sem embargo, a absolvição inverte o objeto do juízo criminal ao dizer que a adolescente não foi vítima **"de violência real"** (fl. 198), que **"não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos"** O **desvio teleológico da função de julgar** passou ao largo da análise dos demais integrantes do órgão julgador. Preferiram reduzir a questão a uma lógica tão simples quanto perversa: **se a criança (tinha menos de 12 anos** quando o réu com ela manteve a primeira relação sexual) desejou, ou mesmo buscou, o contato íntimo, caracterizado pelo **"discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para prática do ato"** (fl. 198), no sentido de que sabia o que fazia, o comportamento do réu é irrelevante para o direito penal⁵⁰⁷

O Ministro traz à baila uma questão primordial, na maioria dos processos é o comportamento da vítima que é analisado, rotulado e julgado e não o comportamento do acusado. Utilizam-se os juízes como justificativa de absolvição o consentimento da vítima, a experiência sexual anterior, tangenciando-se de seu dever que é julgar o fato imputado ao réu.

Aponta o Ministro que o acórdão absolutório fez exatamente isso, deixou de analisar o que consta na peça acusatória: um delito de estupro de vulnerável, de forma contínua por aproximadamente um ano; que o acusado freqüentava a casa da vítima e mantinha laços de amizade com toda a família, sendo considerada pessoa de confiança. E ainda, que iniciaram um namoro quando a vítima tinha apenas 8 anos de idade, onde trocavam beijos e abraços. “O que, como é cediço, **já bastaria para configurar o crime de estupro de vulnerável**, haja vista que tais carícias são compreendidas como modalidades de atos libidinosos.”⁵⁰⁸

Outro trecho do voto do Ministro que merece destaque é quando se refere novamente à questão da vulnerabilidade da vítima. Argúi que critérios foram utilizados pelos desembargadores para concluir que estava afastada a vulnerabilidade, se não foi ponderado nada sobre sua personalidade, conduta familiar e social, bem como escolaridade.

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual?

⁵⁰⁷ Idem, p. 20.

⁵⁰⁸ Idem, p.22. (grifo original)

Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja "responsabilizado" pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria "justificada" a conduta do agente? A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando **estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual**. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta.⁵⁰⁹

Perceba-se que evidencia que a idade de 14 anos é um critério objetivo estabelecido pelo legislador, não cabendo ao juiz modificá-lo. Critica a argumentação de que com a evolução dos costumes na sociedade moderna, com os meios de comunicação, redes sociais o menor já tem conhecimento sobre o tema, pois embora se tenha acesso à informação, trata-se de pessoas em formação, ainda imatura.

Realizando um breve histórico sobre a política criminal brasileira, demonstra que é exatamente o oposto, saiu-se de uma legislação penal inexistente⁵¹⁰, para hoje com a evolução da sociedade e dos costumes, contar-se com um capítulo do Código Penal dedicado aos vulneráveis, bem como o Estatuto da Criança e Adolescente, onde se encontram cominados diversos delitos que tutelam a proteção sexual destes.

Se evoluiu de “um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, para uma política social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população”⁵¹¹.

Essa preocupação passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal.

Esse lento, porém constante, progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza com a “evolução dos costumes” Ao contrário, é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento

⁵⁰⁹ Idem p. 23.

⁵¹⁰ Refere-se ao Código Penal do Império e da República que não faziam referência específica a tutela de crimes de natureza sexual contra crianças e adolescentes. Somente com o Código de 1940, na sua redação original que se passou a prever a figura do estupro e atentado violento ao pudor com presunção de violência para menores de 14 anos, baseado na completa ausência de conhecimento em relação aos fatos sexuais, não se considerando válido o consentimento do menor.

⁵¹¹ Idem ibidem

psíquico e emocional saudável dos futuros adultos que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo.

O marco político para essa tomada de posição – releva acentuar – veio com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais, seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1988. Apenas para exemplificar, veja-se a similitude teleológica entre o que dispõe o artigo 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o artigo 226 da Constituição da República do Brasil. [..]

É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas. A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, não importa, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida – não é o caso deste processo, devo registrar – por quem tem o dever legal e moral de proteger, de orientar, de acalantar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.⁵¹²

Resta cristalino que foi e é uma opção do Estado brasileiro, através de sua legislação e política criminal proteger integralmente a tutela penal sexual de crianças e adolescentes, destacando a Constituição Federal e os Tratados e Convenções Internacionais.

Destarte, o ponto central do julgado reside no entendimento de parte da doutrina sobre vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, possibilitando ao juiz no caso concreto averiguar as condições de cada vítima e o seu grau de conhecimento e discernimento. Ou seja, a mesma discussão de outrora sobre presunção de violência, agora sob nova nomenclatura presunção absoluta ou relativa de vulnerabilidade.

Analisando essa questão o Ministro considera imprópria essa relativização, afirmando:

O tipo penal do art. 217-A do CP não traz em sua elementar a expressão "vulnerável". É certo que o *nomem iuris* a que menciona a Lei n. 12.015/2009 ao citado preceito legal estipule o termo "estupro de vulnerável". **Entretanto, a "vulnerabilidade" não integra o preceito primário introduzido no art. 217-A do Estatuto Repressivo.**

⁵¹² Idem. p. 25-26.

Na verdade, o legislador estabelece 3 situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, a saber: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso:

- 1 - Com menor de 14 anos;
- 2 - Com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental não possuir o necessário discernimento para a prática do ato;
- 3 - Com alguém que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.

Assim, no tocante à primeira previsão legal – mencionada na cabeça do dispositivo – , **basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima.**⁵¹³

Relevante então, observar que a expressão “vulnerável” ou “vulnerabilidade não são elementares do tipo penal. O Código apenas utiliza a expressão vulnerável para denominar, classificar o capítulo II – Dos Crimes Sexuais contra Vulneráveis e a conduta que se subsume ao tipo penal previsto no artigo 217-A do Código Penal.

Visa-se identificar que as vítimas se encontram em posição de fragilidade, de vulnerabilidade, não deixando espaço o legislador para presunções. Trata-se de um critério objetivo, o agente tendo relações sexuais com alguma das vítimas mencionadas, no caso menor de 14 anos, estará caracterizado o delito, independentemente de consentimento da vítima, de sua experiência sexual anterior, ou de emprego de violência em qualquer modalidade (real, moral ou ficta).

A defesa invoca o princípio da adequação social⁵¹⁴ para justificar e despenalizar a conduta do réu, pois sustenta que na comunidade onde vítima e acusado residem, é comum e aceito a relação sexual com menores de 14 anos desde que com a finalidade de contrair casamento.

A esse argumento o Ministro relator rebate afirmando que o comportamento do acusado, maior de 21 anos à época do fato, que iniciou um relacionamento com a vítima com 8 anos apenas, não só é imoral quanto muito menos socialmente aceita. Não é porque na comunidade em que estão inseridos é comum ou tradição local relacionamentos sexuais com menores que deve ser considerado um indiferente penal. Além do mais, não há como adaptar

⁵¹³ Idem, p. 30

⁵¹⁴ O princípio da adequação social foi introduzido no direito penal por Welzel e trata-se de um princípio geral de hermenêutica. Se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas. [...] A “adequação social” exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos *normalmente permitidos*, isto é, materialmente, *atípicos*. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva 1994, p.131-132.

o direito penal aos inúmeros costumes e a moral de cada microrregião desse país continental que é o Brasil, sob pena de gerar-se um caos normativo, com reflexo prejudicial à ordem e a paz pública. Mostra-se relevante consignar, esse trecho da sua fundamentação:

Ademais, o afastamento do princípio da adequação social aos casos de estupro de vulnerável busca evitar a carga de subjetivismo que acabaria marcando a atuação do julgador nesses casos, com danos relevantes ao bem jurídico tutelado – o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes – o qual, recorde-se, conta com proteção constitucional e infraconstitucional, não sujeito a relativizações.

Com efeito, a aclamada **aceitação do relacionamento**, por parte da comunidade em que vivem os envolvidos, **desprotege a vítima e lhe retira as garantias insculpidas no texto constitucional (art. 227 da CF), bem como na Lei n. 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º e 4º).** [grifo original]⁵¹⁵

Desta forma, afasta-se a incidência do princípio da adequação social para tornar atípica a conduta do réu, que além de não fazer parte da normalidade social brasileira, apenas serviria para desproteger os direitos assegurados às crianças e adolescentes tanto no nível constitucional quanto infraconstitucional.

Traz ainda no seu voto informações sobre a idade mínima para o consentimento sexual em legislações alienígenas, deixando claro que é uma preocupação universal a proteção sexual de crianças e adolescentes.

Por derradeiro, diante de todo o exposto por tratar-se de um Recurso Especial sob o rito dos recursos repetitivos propõe a seguinte tese:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.⁵¹⁶

⁵¹⁵Recurso Especial n 1480881/ PI, representativo de controvérsia, p. 35. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435047&num_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF

⁵¹⁶ Idem, p. 39.

Por unanimidade a Terceira Seção acatou a referida tese e assim pode-se dizer que ao menos por ora, pacificada está à questão sobre a denominada presunção de vulnerabilidade, ou vulnerabilidade relativa, ou ainda presunção de violência.

Não importa se houve ou não violência, se houve ou não consentimento da vítima, se mantinha ou não relacionamento afetivo com o acusado ou ainda prévia experiência sexual. Nada disso irá elidir a figura típica. Satisfaz o tipo penal a prática de ato sexual (conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso) com menor de 14 anos, conhecendo essa condição da vítima.

Após a decisão desse recurso como representativo de controvérsia, a tese propostas pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, tornou-se Tema sob o número 918. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se alterou, e consolidou-se tal entendimento.

4.3. Análise Jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal

Realizou-se pesquisa de jurisprudência no site do Supremo Tribunal Federal, lançando os seguintes parâmetros de busca: “estupro presunção violência”, limitando-se o período de tempo, de 07 de agosto de 2009 até 30 de setembro de 2016. Retornaram como resultado 23 acórdãos.

A coleta desse material foi realizada no dia 13 de outubro de 2016. O critério de análise foram as mesmas variáveis: violência presumida de caráter absoluto e de caráter relativo. Eliminando-se aqueles que não abordavam essas variáveis chegou-se ao número de 14 acórdãos.

Sendo que todos são no sentido de que a presunção de violência é de caráter absoluto. A partir de então, excluíram-se os acórdãos com fundamentação idêntica e/ou similar. Após as exclusões, permaneceram 7 acordãos que qualitativamente foram analisados de acordo com a fundamentação jurídica dos autos. Tais se resumem nos seguintes:

1. Habeas Corpus 101.456/MG
2. Habeas Corpus 97.052/PR
3. Habeas Corpus 109.206/RS
4. Habeas Corpus 105.558/PR
5. Agravo. Regimental, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 97.664/DF

6. Habeas Corpus 119.091/SP

7. Agravo Regimental em recurso extraordinário com agravo 940701/SP

No Habeas Corpus 101.456/MG, o agente praticou o crime de estupro sob a vigência da lei anterior, e a defesa alegou que a violência presumida do artigo 224, alínea “a” do código Penal, não é absoluta, e a menor de 14 anos, possuía discernimento e experiência para consentir na prática da relação sexual, logo não haveria o delito. Entretanto, no voto do relator ministro Eros Grau, o mesmo afasta essa tese.

Iniciando a fundamentação de seu voto, já manifesta que ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal pacificaram o entendimento de que a presunção de violência do artigo 224, a, do Código Penal é absoluta. Além disso, elucida que a figura da presunção de violência foi suprimida pela Lei 12.015/2009. Assim, a simples conjunção carnal com o menor já configura o delito. Não há mais relevância, importância de indagar se houve ou não violência.

Interessante, notar que também no seu voto menciona que a nova “lei consolidou de vez a jurisprudência desta Corte”.

No mesmo sentido, o Habeas Corpus 97.052/PR, julgado em 16 de agosto de 2011, relatoria do Ministro Dias Toffoli. Na fundamentação de seu voto afirma: “A matéria já está sedimentada, tendo ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao apreciar a matéria, assentado que a presunção de violência, ainda que haja o consentimento da ofendida, é absoluta”.⁵¹⁷ E colaciona vários precedentes do Supremo Tribunal de Justiça que corroboram que esta é a orientação consolidada. O Ministro Marco Aurélio, voto-vencido, reporta-se ao seu voto proferido em 1996 pela presunção relativa da violência.

Continuando a análise dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, chamou a atenção o Habeas Corpus 109.206/RS, julgado em 18/10/2011, onde o relator Ministro Luiz Fux, para fundamentar seu voto faz referência ao bem jurídico tutelado.

1. O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10).

⁵¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. p. 4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627298>

2. A alegação de erro de tipo, fundada em que a vítima dissera ao paciente ter 18 anos de idade e que era experiente na atividade sexual, é insuscetível de exame em habeas corpus, por demandar aprofundada análise dos fatos e das provas que o levaram a acreditar em tais afirmações.

3. *In casu*, o paciente manteve relação sexual, mediante paga, com menina de 12 (doze) anos de idade, que lhe dissera ter 18 (dezoito) anos, foi absolvido em primeira e segunda instâncias e, ante o provimento de recurso especial do Ministério Público, afastando a atipicidade da conduta e determinando ao TJ/RS que retomasse o julgamento da apelação, com o exame dos demais argumentos nela suscitados, restou condenado a 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

4. A premissa de que a vítima dissera ao paciente ter 18 (dezoito) anos de idade, em acentuada desproporcionalidade com a idade real (12 anos), e que serviu de fundamento para indeferir a liminar nestes autos, foi extraída da própria inicial, não cabendo falar em contradição e obscuridade nos embargos de declaração opostos contra a referida decisão, com o escopo de esclarecer que o apurado na ação penal conduzia a que a menor aparentava ter 14 anos, o que favoreceria a tese do erro de tipo.

5. De qualquer sorte, e em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dos dezoito anos que afirmara ter.

6. Ordem denegada, restando prejudicados os embargos de declaração opostos da decisão que indeferiu a liminar.⁵¹⁸

Trata-se de caso em que o acusado fora absolvido em primeira e segunda instância, alegando desconhecer que a vítima era menor de quatorze anos, pois a mesma aparentava ter mais idade e afirmara ao mesmo que possuía 18 anos. Em sede, de recurso Especial perante o STJ, interposto pelo Ministério Público, aquela corte afastou a atipicidade da conduta e determinou que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, atendesse as teses defensivas, onde restou condenado a 7 anos de reclusão. Impetrou Habeas Corpus perante o Supremo Tribunal alegando a atipicidade da conduta por ausência de dolo, pois a vítima afirmara ter 18 anos, e pelo seu desenvolvimento físico a informação aparentava ser verdadeira, afastando a violência presumida e também erro de tipo, em razão do equívoco quanto à idade da vítima.

Em sua fundamentação o Ministro Luiz Fux assevera:

⁵¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1571631>

A controvérsia atinente ao caráter relativo ou absoluto da presunção de violência no crime de menor de 14 (quatorze) anos, de que trata o art. 224, alínea “a”, do Código Penal, restou superada por esta Corte, que pacificou entendimento no sentido de que se trata de presunção absoluta, por ser a imaturidade psicológica da vítima o bem jurídico tutelado [...]⁵¹⁹

Portanto, além de justificar que se trata de jurisprudência dominante, consolidada vai além e menciona que a imaturidade psicológica da vítima é o bem jurídico tutelado. Portanto, mesmo que a vítima tenha manifestado seu consentimento esse não é considerado válido.

Quanto à alegação de erro de tipo, é insuscetível de exame via habeas corpus, pois demandaria análise profunda dos fatos e das provas. E ainda no final, menciona que de qualquer forma, em consonância com a jurisprudência da suprema corte de que é absoluta a presunção de violência, não tem relevância para o caso se a vítima aparentava ter idade um pouco superior aos 14 anos ou 18 anos.

Destarte, todos os demais acórdãos analisados são no sentido de que é pacífico o entendimento da Suprema Corte quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro ou atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos, sendo irrelevantes, para a tipificação do delito, a compleição física da vítima, seu consentimento ou mesmo a sua experiência anterior.

Por derradeiro, no Agravo Regimental em recurso extraordinário com agravo número 940701, relator Ministro Gilmar Mendes, assenta que a jurisprudência desta Corte Suprema perfilha entendimento de ser absoluta a presunção de violência nos casos de crime de estupro praticado contra menor de catorze anos (estupro de vulnerável), independentemente da conduta ter sido praticada, antes ou depois, da vigência da Lei 12.015/2009.

Vê-se portanto, que no Supremo Tribunal Federal a jurisprudência sempre foi harmônica e majoritária pela presunção absoluta, baseando-se na incapacidade de consentir do menor de 14 anos e no bem jurídico a ser tutelado, não importando se houve ou não consentimento da vítima, experiência anterior ou relacionamento afetivo.

Atualmente, as Cortes Superiores brasileiras encontram-se em consonância pelo caráter absoluto, não permitindo qualquer modalidade de relativização. Realizado ato sexual com menor de 14 anos, independentemente de emprego ou não de violência ou grave ameaça, caracterizado está o delito de estupro de vulnerável.

⁵¹⁹ Idem, p. 7.

4.4. Pela Impossibilidade de Relativização da Vulnerabilidade do Menor de 14 anos no Estupro de Vulnerável

Nessa altura de nossas considerações, é oportuno buscar estabelecer alguns fundamentos para embasar a interpretação que no estupro de vulnerável cometido contra menor de 14 anos, trata-se de uma vulnerabilidade absoluta propriamente dita.

Diante da atual redação do *caput* do art. 217-A, como mencionado alhures, não há o verbo *constranger*, não há a exigência do emprego de violência, ameaça ou fraude para a caracterização do crime, não há mais nenhuma presunção jurídica, e não deixou o legislador margem para interpretar o grau de vulnerabilidade. Frente a tudo isso, está-se diante de um tipo penal que possui como elemento normativo o menor de 14 anos.

Basta o agente praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com este e têm-se a tipicidade formal e material. Tipicidade Formal, uma vez que a conduta se amolda perfeitamente na moldura descrita na lei penal (tipo) e materialmente, uma vez que fere o bem jurídico tutelado: a intangibilidade sexual.

Como visto essa é uma interpretação minoritária, atualmente na doutrina penal brasileira prevalece o entendimento que há a presunção de vulnerabilidade e que essa deve ser relativizada. Então, passa-se a análise de alguns argumentos apresentados pela corrente majoritária buscando-se o seu contraponto.

O argumento mais utilizado pelos adeptos da relativização é a capacidade de discernir do menor, isto é, que o consentimento do menor de 14 anos é válido. Logo, que nem todo menor de 14 anos deve ser considerado necessariamente vulnerável. Essa argumentação, já foi afrontada no item 3.3., fazendo-se desnecessário repeti-la.

Primeiramente inicia-se com o **dado etário**, o legislador optou por manter a determinação estática da idade cronológica de 14 anos, como idade de “maioridade sexual” ou “idade de consentimento.”

Várias críticas surgiram a esse respeito, a principal é que não acompanhou o critério etário do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece no seu artigo segundo, ser criança o menor de 12 anos e a partir daí adolescente.

A argumentação centra-se no paradoxo que a partir de 12 anos, o menor já pode ser responsabilizado penalmente através das medidas socioeducativas, pelo ato infracional cometido, ou seja, tem capacidade de discernir, considera-se válida a sua vontade, em contrapartida em matéria sexual, não tem capacidade de discernir, seu consentimento é inválido.

Realmente trata-se de um contra-senso, de um paradoxo, mas aqui se ousa e se corre o risco, de ir em sentido contrário da doutrina e de grande parte da sociedade: não é a idade estabelecida para a maioridade sexual que está equivocada, e sim, a idade para responsabilizar penalmente o menor. Ora, depois de todo o exposto no tópico sobre a invalidade do consentimento do menor de 14 anos, agora querer defender que tem capacidade cognitiva, que desenvolveu seu processo de maturação para a prática de atos infracionais seria no mínimo contradizer se. Se ele não desenvolveu totalmente a sua capacidade de discernimento para os assuntos sexuais, muito menos para a responsabilidade penal. Não é o Código que tem que adotar a idade de 12 anos, e sim o Estatuto da Criança e do Adolescente que deveria elevar a idade do conceito de criança para pessoa até 14 anos incompletos.

Não se trata de nenhum absurdo, em que pese, essas faixas etárias fixadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no âmbito interno, não há um consenso sobre a faixa etária que compreende a adolescência⁵²⁰, no plano internacional.

A Organização Mundial da Saúde⁵²¹ reconhece que não há uma definição internacional de adolescência e define adolescentes os indivíduos de 10 a 19 anos. Já a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Convenção de Lanzarote) de 2007, no seu artigo 3. Definições traz: “Para efeitos da presente Convenção: a) ‘Criança’ designa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos”.⁵²²

Assim, adotar a idade de 14 anos como idade para a responsabilidade penal e para o consentimento sexual não é despropositado. Veja que o Código Penal italiano estabelece no seu artigo 97, que os menores de 14 anos são inimputáveis, pelos seguintes motivos:

È stata determinata da considerazioni desunte da vari campi, ed in virtù delle quali ha il legislatore ritenuto non avere l’individuo raggiunto, fino ai 14 anni, un sufficiente sviluppo fisico e nemmeno (il che è ben più rilevante) quella evoluzione psichica che gli ‘consenta di valutare adeguatamente i motivi della volontà, il carattere morale (se non ancora quello giuridico) e le conseguenze del fatto’.⁵²³

⁵²⁰ Estudos de psicólogos britânicos chegam a apontar que a adolescência acabaria aos 25 anos. Ver: WALLIS, Lucy. A adolescência acaba aos 25 anos? BBC Brasil. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130925_adolescencia_termina_25anos_an. Acesso em: 05.01.2017.

⁵²¹ UNICEF. Situação mundial da infância em 2011: adolescência – uma fase de oportunidades. New York: Unicef, 2011, p. 12. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/br_sowcr11web.pdf Acesso em 06.01.2017.

⁵²² Conselho da Europa Série de Tratados do Conselho da Europa – N.º 201 p.5. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046e1d8> Acesso em 27. 12. 2016.

⁵²³ AZARA. Antonio; EULA, Ernesto. Novissimo DIGESTO ITALIANO. Torino: Editrice Torinese, 1957, p. 762.

Justamente porque não possuem capacidade de consentir, valorar adequadamente são inimputáveis. Já em relação aos maiores de 14 anos e menores de 18 anos, o artigo 98 do CP italiano, os considera digamos semi-imputáveis, porque a sua capacidade de entender e de querer já se demonstra, estabelecendo diminuições de pena, perdão judicial, suspensão condicional da pena, penas acessórias, enfim, com um sistema particular e específico de sanções aos menores. Mantém assim o Código Penal Italiano uma perfeita harmonia, coerência com a intangibilidade sexual do menor.

Além disso, prevalece mundialmente, no que diz respeito à tutela penal sexual do menor (tipificação do delito que dispõe sobre ato sexual sem emprego de violência física, ameaça ou fraude) a idade de 14 anos.⁵²⁴

Mas como improvável que se eleve a idade da responsabilidade penal do menor, e continue a atual situação, o Código Penal em matéria sexual não está obrigatoriamente vinculado ao ECA. “Afastou-se o Código Penal da disciplina contida no Estatuto da Criança e do Adolescente que considera criança quem tem 12 anos incompletos e adolescente o que tem idade superior a esta e inferior a 18 anos”.⁵²⁵

E como bem coloca Delmanto:

A idade de 14 anos foi opção do legislador, a nosso ver acertada, não sendo admitida relativização com fundamento no ECA, que dispõe ser criança quem tiver até 12 anos e, adolescente, de 12 até 18 anos (art. 2 da Lei n. 8.069/90). Com efeito, o tipo penal não emprega a expressão *criança*, mas menor de 14 anos.⁵²⁶

Ademais sempre foi o critério etário utilizado dentro da interpretação sistêmica do diploma penal, vejamos alguns exemplos:

a) A causa de aumento de pena, introduzida pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (art.263), ao crime de homicídio (art. 121, § 4º , segunda parte) “*se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 anos*”.

Pergunta-se: Porque, então o Estatuto da Criança e do adolescente, não determinou que a causa de aumento de pena aplicada fosse para menor de 12 anos, (criança) seguindo os critérios etários estabelecidos pelo próprio estatuto?

⁵²⁴ Ver Anexo Tabela: IDADE LEGAL PARA O CONSENTIMENTO SEXUAL.

⁵²⁵ MIRABETE; FABBRINI. op. cit, p.425.

⁵²⁶ DELMANTO, op. cit., p. 705.

A doutrina justifica tal aumento de pena devido à maior fragilidade da vítima, pois apresenta maior dificuldade em defender-se e pela maior censurabilidade por tratar-se de uma criança! Pode-se dizer, portanto, da sua condição de vulnerabilidade.

Veja-se a justificação apresentada por Nucci para tal aumento de pena: “demonstrativas da maior culpabilidade do agente, por ter agido com insensibilidade moral e covardemente.”⁵²⁷

Praticar ato sexual com menor de 14 anos não poderia então ser também considerado uma insensibilidade moral ou covardia?

b) No parágrafo único do artigo 122 do CP (induzir, instigar ou auxiliar o suicídio), o legislador prevê a causa de aumento de pena se o agente induz, instiga ou auxilia menor a suicidar-se. Como o código não estabeleceu o limite de idade, coube a doutrina interpretar tal dispositivo e majoritariamente apontam maior de 14 anos e menor de 18 anos. Tratando-se de um menor de 14 anos, o crime passa a ser mais grave, homicídio, justamente porque o agente praticou o crime contra pessoa que não possui capacidade de discernimento.

Merece destaque a justificativa apresentada por Bitencourt:

O texto legal não estabelece qual deve ser o limite da idade do menor, obrigando-nos a uma **interpretação sistemática**, passando, inclusive, pela análise da imputabilidade penal. Não se pode esquecer que o menor, para ser vítima de suicídio precisa dispor de certa **capacidade de discernimento**. Como, nesse crime, a vítima se autoexecuta, é indispensável essa capacidade; caso contrário, estaremos diante de um *homicídio* praticado por meio da *autoria mediata*. Mas, afinal, a partir de que idade o menor adquirirá essa capacidade mínima para reunir as condições para ser vítima (sujeito passivo) de suicídio, e ao mesmo tempo, fundamentar a majoração da pena contra o autor dessa violência, em razão de sua menoridade? Seria a partir dos quatorze anos, quando o art. 224, alínea a, não considera válida sua manifestação de vontade e o art. 218 não o considera corruptível? [...] Já vimos que responde por homicídio quando a vítima não apresentar capacidade de discernimento ou houver ausência de qualquer capacidade de resistência. A nosso juízo, a majorante *sub examen* só é aplicável a menor com idade entre quatorze e dezoito anos. Ademais, a menoridade penal cessa aos dezoito anos (art. 27). Para **não maior de quatorze anos**, para quem o Código Penal considera o *consentimento inválido* e contra quem,

⁵²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 9 ed. São Paulo: RT, 2013. p.661.

quando vítima, *presume violência*, eventual induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio *tipificará o crime de homicídio*.⁵²⁸[sem grifo no original]

Portanto, Bitencourt ao realizar a sua interpretação sistemática do artigo 122 do Código Penal, afirma que o menor de 14 anos não tem capacidade de discernimento. Ora, se não tem capacidade de discernimento é vulnerável, logo essa vulnerabilidade faz com que seu consentimento torne-se inválido. Pergunta-se: porque esse raciocínio é plausível para a interpretação do art. 122 e não para o art. 217-A?

Ou seja, para o menor de 14 anos que consente em tirar a própria vida, esse consentimento não é válido, porque não tem capacidade de discernir, mas o agente que pratica atos sexuais com menor de 14 anos que consente não deve responder pelo crime, porque nesse caso o menor apresenta capacidade de discernir e, portanto, seu consentimento é válido?

Está-se diante de um paradoxo, de um peso (menor de 14 anos) e duas medidas!

c) Da mesma forma, no caso Aborto com o consentimento da gestante, o art. 124, parágrafo único determina que se tratando de gestante não maior de 14 anos, que consente na prática do aborto, o agente responderá por crime mais grave, - aborto sem o consentimento da gestante, (art. 125) -, justamente por considerar-se inválido esse consentimento, pois não possui ainda capacidade de consentir. Mais uma vez pertinente a explicação de Bitencourt: “O aborto sem consentimento da gestante (art. 125)- aborto sofrido-recebe punição mais grave e pode assumir duas formas: *sem consentimento real* ou ausência de *consentimento presumido (não maior de 14 anos, alienada ou débil mental)*”⁵²⁹[sem grifo].

Utilizou-se argumentos de dois grandes e ilustres doutrinadores hodiernos do direito penal pátrio (Bitencourt e Nucci), propositadamente, pois os dois são favoráveis a relativização da presunção de vulnerabilidade, pois reconhecem a capacidade de consentir do menor de 14 anos no estupro de vulnerável, mas nos delitos supra não.

“Foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador”⁵³⁰. Portanto, o legislador foi coerente com o sistema penal vigente, não se vê motivo algum para em matéria sexual adotar critério diferente. Não se vislumbra ofensa ao **Princípio da Razoabilidade** por adotar-se um critério puramente etário/biológico, pois nos demais delitos foi esse critério adotado e não se

⁵²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.147.

⁵²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.172.

⁵³⁰ GRECO, *op. cit.*, p. 533

percebeu nenhum movimento relevante na doutrina, no sentido que se estava ferindo tal princípio. “Todavia, haja vista a necessidade de se estabelecer um ponto de partida geral para a discussão da idade de consentimento, entendemos ser a definição cronológica o único método viável de se buscar uma análise da legislação concernente ao estupro de vulnerável.”⁵³¹

Praticamente todas as legislações mundiais adotam o critério etário como ponto de partida, e quando se critica que não realizou o legislador uma interpretação sistêmica com o ECA, imagine-se hipoteticamente que sobreviesse uma modificação na lei, alterando-se o critério etário para doze anos como a maioria dos adeptos da relativização propugna.

O problema não estaria resolvido, por que certamente surgiria um ou outro doutrinador ou juiz, agora defendendo a relativização da idade de 12 anos, entendendo que um menor de 11 anos, prestes a completar 12 anos tem capacidade de consentir. Ou seja, apenas transfere-se o patamar etário correndo-se então, um grave e sério perigo de ter-se uma situação de “slippery slope”. Acredita-se, que se deve sim estabelecer um limite etário para tutelar sexualmente os menores, aliás, critério esse adotado em praticamente todas as legislações penais, sob pena de arrastar-se a uma ladeira escorregadia (slippery slope).

Referente à alegação que a capacidade de consentir ou a vulnerabilidade é matéria de fato, deixando para o caso concreto sua análise, segundo Mantovani é inquietante “lasciando alla preoccupante discrezionalità del giudice di accertare – senza parametri, tantomeno uniformi- caso per caso la capacita del minore di prestare un valido consenso.”⁵³²

Tomando-se como bem jurídico tutelado a intangibilidade sexual dos menores de 14 anos, não caberia mais o argumento de estar-se ferindo **o princípio da ofensividade ou lesividade**.⁵³³

Quanto ao princípio da proporcionalidade, a norma do art. 217-A, regula um comportamento socialmente relevante e referido expressamente de valor constitucional, conforme o §4º do artigo 227 da Constituição Federal, já alhures examinado, que assim dispõe:

⁵³¹ FARIA; VIANNA. *op. cit.*, p. 22.

⁵³² MANTOVANI, *op.cit.*, p. 417. Tradução livre: deixando a preocupante discricionariedade do juiz de acertar – sem parâmetros e muito menos uniformes – caso a caso a capacidade do menor de prestar um consentimento válido.

⁵³³ Cabe mencionar que doutrina e jurisprudência dominante admitem o princípio da ofensividade aos crimes de perigo abstrato ou presumido.

[..]

*§4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.*⁵³⁴

Trata-se de norma de proibição da proteção deficiente, que se revela como uma vertente do princípio da proporcionalidade. O §4º do Art. 227 consagra um mandado de criminalização expresso.

Analisando alguns mandados de criminalização Ponte considera que: “é de se observar que o comando contido no art. 227, §4º, da Constituição Federal, exigindo a **punição severa** de toda e qualquer forma de abuso, violência ou exploração sexual praticada contra criança ou adolescente foi atendido satisfatoriamente.”⁵³⁵ E ainda coloca que trata-se de um mandado de criminalização que apresenta característica de cláusula pétrea.

Quanto à sanção aplicada, pena de reclusão de 8 a 15 anos, alguns doutrinadores alegam que fere o princípio da proporcionalidade, pois seria muito elevada⁵³⁶.

A tarefa legiferante, na definição desses critérios, também foi realizada com respeito ao postulado da proporcionalidade. O *quantum* de pena estabelecido pelo legislador provavelmente levou em consideração “**o sistema constitucional especial de proteção aos direitos fundamentais desses seres mais vulneráveis e, ao comando constitucional de punição severa do abuso, da violência e da exploração sexual de crianças e adolescentes (CF, 227, §4º) que integra o sistema de proteção.**”⁵³⁷

Vislumbra-se uma política criminal preocupada em garantir os direitos fundamentais (dignidade humana) e direito à proteção integral das crianças e adolescentes, estabelecida constitucionalmente pelo *caput* do artigo 227, de forma específica e não apenas na forma geral do art. 1º da CF, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Tem-se aqui o

⁵³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

⁵³⁵ PONTE, *op. cit.*, p. 184. [sem grifo no original].

⁵³⁶ A esse respeito cabe lembrar, o instrumento do controle da constitucionalidade da norma, que até o presente momento não foi declarada inconstitucional pela suprema corte brasileira. Pelo contrário, veja-se no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.414 – MS, publicado em 30/11/2016 o seguinte trecho da ementa: "EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 217-A CP. REJEITADA MÉRITO APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 14, II, CP INCABÍVEL RECURSO IMPROVIDO. Rejeita-se a preliminar de inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 217-A do Código Penal, porquanto não compete ao Poder Judiciário a sua análise, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes, por se tratar de opção legislativa conferida aos membros do Congresso Nacional, os quais buscaram apenas de forma mais severa o agente que pratica o crime contra ofendidas em situação de maior vulnerabilidade.

⁵³⁷ MACHADO, Martha de Toledo. Proibições de excesso e proteção insuficiente no processo penal: as hipóteses de crimes sexuais contra a criança. São Paulo: Verbatim, 2008.p.16. [sem grifo no original]

direito à proteção especial, por tratar-se de uma categoria especial de sujeitos vulneráveis. Veja-se os comentários de Moraes e Teixeira sobre o §4º do Art. 227 da CF:

Outra forte preocupação diz respeito ao abuso, à violência e à exploração sexual do menor, de modo que o art. 227, §4º, determina a “severa” punição para tais condutas. O que a Constituição pretende é que seja dada **a maior** e mais ampla proteção possível à população infantojuvenil. [...] Nesta diretriz, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que, uma vez verificada a hipótese de abuso sexual do menor, impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar o afastamento do agressor da moradia comum, como medida cautelar, segundo o art. 130. Esta é uma das formas previstas para a tutela do menor, afastando-o do agressor, tendo em vista os danos que podem ser causados à criança ou ao adolescente que sofre abuso sexual. Uma vez provado o abuso, deve-se, portanto, suspender o contato, para evitar situações que ameacem o menor. Encontra-se a conduta abusiva encampada nos maus-tratos contra o menor. A violência sexual configura-se em grave atentado ao livre desenvolvimento da personalidade, ensejadora não apenas de providências na esfera criminal, mas também em sede cível, em face da ofensa à integridade psicofísica, motivadora de reparação dos danos morais.⁵³⁸

Esse direito à proteção especial de crianças e adolescentes, que são vulneráveis, demanda uma tutela penal especial e justificaria por si só o *quantum* de pena aplicada. “Exatamente pela *vulnerabilidade* que referidos sujeitos passivos apresentam; a gravidade da sanção cominada, que não deixa de ser proporcional à gravidade do *desvalor da ação* praticada.”⁵³⁹

O desvalor que a lei reprova nas figuras de abuso sexual “é a redução da criança ou do adolescente a *meio*, a *instrumento* da lascívia do agente; a vítima desprezada nos seus atributos humanos mais essenciais, relacionados ao *respeito* que a peculiar condição de crianças e adolescentes demanda.”⁵⁴⁰

Provavelmente, o foco central para a justificação de tal sanção é a lesão perene que os vulneráveis sofrem: o dano a curto, médio e longo prazo à personalidade infanto-juvenil.

⁵³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao Art. 227, §4º da CF. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013.p.2131-2132.

⁵³⁹ BITENCOURT, *op. cit.* p.110.

⁵⁴⁰ MACHADO, *op. cit.* p.109.

Machado menciona que se “agravam, sobremaneira, o desvalor da conduta, na medida em que são gravíssimas as conseqüências do fato nessa esfera”⁵⁴¹

E acrescenta que a lesão sofrida por essa categoria especial de sujeitos em formação é diversa da lesão que sofre o adulto em crimes sexuais, pois quando se trata de crianças e adolescentes o grau de lesionamento é exponencialmente maior do que o grau de lesionamento do bem-valor liberdade sexual. E traz à luz algumas das conseqüências evidenciadas nas vítimas de abuso sexual:

Atente-se. Para além da obviedade da extensão da lesão corporal que a criança de dois anos de idade sofre, quando é submetida à cópula ou ao coito anal, tomem-se dos *indicadores* acima alinhados, algumas *conseqüências* dos crimes e sua exata subsunção à categoria *lesão à integridade físico-psíquica: abatimento profundo ou depressão crônica; fraco controle de impulsos e comportamento autodestrutivo ou suicida; perda do apetite (anorexia) ou excesso (obesidade); padrão de sono perturbado; fadiga; transtornos dissociativos na forma de personalidade múltipla; uso e abuso de álcool ou drogas*. Tudo são lesões à saúde da vítima e, quase todas elas (se não todas), classificadas como tipos autônomos de transtorno ou perturbações da saúde mental pelo CID 10 (*código Internacional de Doenças*).⁵⁴²

Sem mencionarem-se as lesões à integridade moral que resultam em baixa auto-estima, culpa pela agressão sofrida, autoflagelação, hipersexualização precoce entre outras.

No mesmo sentido, o ilustre penalista italiano Mantovani:

Sono parimenti un'incontestabile realtà gli *effeti negativi*, a breve e a lungo termine, degli abusi sessuali su minore, la cui gravità dipende da vari fattori, taluni dei quali ben individuati dalla ricerca empirica (dal legame affettivo tra autore e vittima, essendo tali effeti maggiori o minori a seconda che l'abuso sia posto in essere da un conoscente o, peggio, da un familiare oppure da uno sconosciuto; dal grado di brutalità e di violenza fisica; dall'età ed esperienze sessuale della vittima, essendo questa tanto **più vulnerabile quanto più giovane** e priva di esperienze; dal numero degli episodi e dalla durata della relazione tra autore e vittima, nonché dal carattere sentimentalmente importante della stessa).

Circa gli effetti negativi a *brevi termine*, i più accurati studi hanno riscontrato, in molti casi: ansia, paura, irritabilità, onicofagia, regressioni, tendenze all'isolamento, nonché problemi scolastici, ostilità verso i genitori, fughe da casa. Come pure incubi notturni, fobia e sintomi compulsivi. O anche sendi di colpa, indotti dalle tensioni e

⁵⁴¹ Idem, p. 138.

⁵⁴² Idem ibidem.

dai problemi familiari legati alla scoperta del reato. Effetti, che possono essere accentuati dalle ripercussioni familiari (es.: arresto o allontanamento del genitore) della scoperta di una violenza sessuale intrafamiliare. E che vanno considerati anche in rapporto a tutti i membri della famiglia, sempre emotivamente coinvolti dall'accaduto e con reazioni che possono ulteriormente aggravare la situazione del minore. Dall'insorgenza nei genitori di malattie psicosomatiche, di disturbi di adattamento lavorativo, dell'alimentazione e del sonno, di problemi sessuali e di coppia, alla tendenza ad una pesante colpevolizzazione di qualcuno e all'orientamento dell'aggressività verso non solo l'autore dell'abuso, ma anche la vittima o qualsiasi membro del nucleo familiare. Fino allo scatenamento, in caso di scoperta di un incesto di una così forte aggressività, in cui da certi autori si è ravvisato lo sfondo di omicidi familiare plurimi, seguiti dal suicidio dell'autore, a prima vista incomprensibili.

Circa gli effetti negativi a *lungo termine*, gli abusi sessuali su minori sono stati definiti 'una bomba ad orologeria psicologica', potendo seguire, ad un primo periodo senza significativi effetti, dei successivi disturbi di consistente rilievo. Oltre al legame, già ravvisato da Freud nei suoi primi studi, tra nevrosi isterica e violenza sessuale nell'età infantile, le numerose empiriche – pur se con divergenze sulla percentuale di soggetti con danni psicologici a distanza (da imputarsi secondo certi autori le più basse percentuali all'assenza nei campioni studiati di casi con alto grado di violenza fisica e brutalità)- hanno riscontrato, tra i disturbi rilevati, una vasta gamma di sintomi psichiatrici, di problemi affettivi, relazionali, sessuali e comportamentali. E, in particolare, sintomi isterici, fobie, psicosi, incapacità di piacere sessuale, tossicomania, abuso sessuale dei figli, tendenza alla violenza sessuale, prostituzione e disadattamento sociale.⁵⁴³

Como se não bastasse esses graves efeitos negativos, a prática de atos sexuais com menores (crianças e adolescentes) abaixo da idade de consentimento causa repugnância de forma geral na sociedade brasileira, vejam-se os casos de linchamentos quando tarda a resposta penal do Estado. Para corroborar essa afirmação se transcreve trecho do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 76.406/SP, que julgou em 17/11/2016 um estupro de vulnerável, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Dando seguimento, [J. C. DA S.] revelou a vítima a intenção de tirar a calça da mesma, com a intenção de acariciar sua vagina. Todavia, neste momento, o indiciado foi flagrado pelo padrasto da vítima, que havia ingressado no local à procura desta, sendo obrigado a cessar os abusos. **Neste contexto, populares que**

⁵⁴³ MANTOVANI, *op. cit.* p. 418.

tomaram conhecimento dos fatos esboçaram o intento de linchar[J. C. DA S.], pelo que houve acionamento da polícia militar.⁵⁴⁴

E ainda a “ética”, que impera no sistema prisional em relação ao autor do delito, que ao cumprir sua pena sofrerá de toda sorte, podendo até mesmo ser eliminado, pois os próprios apenados repulsam essa modalidade de delito.

Portanto, trata-se de uma categoria especial de sujeitos em desenvolvimento, e a sua proteção integral é um corolário constitucional, o crime praticado é vil, pois reduz a vítima a meio para saciar sua lascívia, fere-se a sua dignidade humana, sexual. As conseqüências do crime são gravíssimas, diante desse contexto se deduz que tenha aflorado “**a cláusula de punição severado artigo 227, §4º da Constituição de 1988**; que não veio de Marte, tampouco de especulações metafísicas”.⁵⁴⁵

Por derradeiro, oportuno registrar que o estupro de vulnerável consuma-se não apenas quando há conjunção carnal, mas sim todas as vezes em que houver a prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. O motivo de mencionar-se a consumação do delito deve-se a observância que em alguns processos quando não há a conjunção carnal ou sexo anal, a defesa tem pleiteado o reconhecimento da forma tentada alegando menor gravidade da conduta. Encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o delito de estupro, na atual redação dada pela Lei nº 12.015/2009, inclui atos libidinosos de diversas formas, incluindo os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1359608/MG, Rel.Min. Assusete Magalhães, julgado em 19.11.2013).

Essa foi a intenção punitiva do legislador, não podendo o Poder Judiciário, de forma manifestamente contrária à lei, utilizar-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para reconhecer a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta (STJ. 6ª Turma. REsp 1313369/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25.6.2013).

O juiz, nesses casos, deverá utilizar o princípio da proporcionalidade não para tipificar o crime (desclassificando para estupro tentado), mas sim para fazer a dosimetria da pena dentro do limites previstos na lei (de 8 a 15 anos).

⁵⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso em Habeas Corpus n76.406/SP Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1556194&num_registro=201602530304&data=20161129&formato=PDF Acesso em 15 de janeiro de 2017.

⁵⁴⁵ MACHADO, *op. cit.* p. 123.

Destarte, o julgador poderá aplicar uma pena maior para as hipótese em que houve conjunção carnal, por exemplo, e uma reprimenda mais próxima ao mínimo para as situações em que houve outros atos libidinosos menos invasivos.

Vale consignar que, em tese, é até possível a tentativa no caso do crime do artigo 217-A do Código Penal. No entanto, para que seja tentativa, o agente não pode ter praticado algum ato libidinoso, pois, se já o tiver, o crime se consumou.

Assim, tem respeito ao princípio da proporcionalidade, a gravidade da conduta não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal. (REsp 1561653/SP, Rel.Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016,DJe 24/05/2016).

Também se argumenta que a não relativização da vulnerabilidade fere a autonomia do menor de 14 anos, pois a autonomia é a base da dignidade humana, logo se fere a própria dignidade do menor. Não se tem dúvidas que a autonomia está ligada ao conceito de dignidade humana, mas essa afirmação formal de autonomia não se exime de críticas, justamente pela condição de vulnerabilidade do menor.

Não se pode olvidar que o exercício da autonomia está ligado à vulnerabilidade, embora possam ser formalmente separadas, para serem devidamente compreendidas no estupro de vulnerável, consideram-se associados, correlacionados.

Anjos, ao analisar a autonomia e a vulnerabilidade no campo da bioética levanta algumas questões, que por analogia podem contribuir na presente reflexão. A primeira provocação levantada foi como compor a autonomia com as emoções e desejos? E aqui estamos nos referindo aos desejos sexuais. “Kant coloca a autonomia só quando o raciocínio do sujeito é imparcial e independente de desejos, emoções e inclinações.”⁵⁴⁶

Para se verificar a autonomia do menor de 14 anos pergunta-se: Um menor de 14 anos tem controle sobre as emoções e desejos sexuais a ponto de raciocinar independentemente deles?

Agregue-se que “o desenvolvimento moral da criança, segundo Jean Piaget, segue uma seqüência que permite esclarecer o surgimento da capacidade de autonomia. Este autor estabeleceu diferenças entre a prática da regra e a consciência da regra. A noção de

⁵⁴⁶ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. Revista Brasileira de Bioética, 2006; vol.2, n. 2, p.173-186. p 179

Autonomia é o último estágio da consciência da regra.”⁵⁴⁷. Portanto, a autonomia é algo que se adquire progressivamente.

Como o menor de 14 anos encontra-se numa posição de vulnerabilidade devido a sua falta de capacidade de discernimento, logo, possui uma autonomia diminuída. Em outras palavras, se o menor de 14 anos é vulnerável por que ainda não desenvolveu totalmente o processo de discernimento, não é viável que possa exercer plenamente sua autonomia. Justamente porque se encontra numa posição de vulnerabilidade precisa ser protegido.

Por fim, é bem verdade que houve transformações sociais, comportamentais, que se livrou de uma moral disciplinadora, rígida e até mesmo coercitiva, mas a sociedade pós-moderna está “evoluindo” e ao mesmo tempo enfrentado uma séria crise de valores. Por isso essa diretriz de evolução deve ser vista com ressalvas e ponderações.

O filósofo francês Gilles Lipovetsky, no seu livro *A era do vazio*, delineia o modelo de sociedade atual, como uma sociedade de excessos, de gratificações imediatas, de abundância e do bem-estar, onde se verifica um cenário de vazio existencial, pois falta ao homem pós-moderno a busca pelo sentido. Cerqueira coloca:

O mecanismo dessa sociedade do consumo, sob a égide da ‘sedução’, vem multiplicar e diversificar as ofertas – essa é a dinâmica que dirige o mundo: valem todos os programas, todas as relações humanas e sexuais, vale tudo desde que traga bem-estar e satisfaça o desejo imediato (não as aspirações mais profundas). Imerso nesse pós-tudo, recebendo enxurradas de informações e de necessidades criadas pela própria sociedade, o homem de hoje vê-se diante de um desafio: ser capaz de discernir o que há de valor em cada situação; selecionar o que vale para si, o que lhe confere sentido e acrescenta algo a seu projeto de vida.⁵⁴⁸

Nesse cenário que se encontram os menores de 14 anos, ou seja, meninos e meninas de 13 anos, que recebem uma enxurrada de informações pela *mass media*, e no mais das vezes, não há um filtro sobre essa, bem como não está preparado para algumas situações que são afrontadas, pois há um constante apelo sexual na televisão, principalmente nas novelas, e nas músicas, em sites. Antigamente o perigo batia a porta, hoje o perigo entra em casa sem muitas vezes se perceber. Utiliza-se a rede mundial de computadores para aliciar menores, veja-se o crescente número de casos de pedofilia que se iniciam via chats, salas de bate papo.

⁵⁴⁷ CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto (org). *Consentimento Informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p.59.

⁵⁴⁸ CERQUEIRA, Elizabeth Kipman (org). *Sexualidade, gênero e desafios bioéticos*. São Caetano do Sul: Difusão Editora, 2011, p. 141.

Portanto, alegar simplesmente que os tempos modernos, a mudança de paradigma moral e o acesso à informação tornam uma pessoa de 13 anos ou menos, preparada em todos os sentidos para iniciar a sua vida sexual, não parece ser um argumento idôneo.

Além do que, não se pode confundir conhecimento da atividade sexual, em seu sentido mecânico, com a efetiva maturidade, com o real desenvolvimento psíquico do menor. “A sociedade influenciada pela mídia parece exigir um comportamento cada vez mais adulto e sexualizado daqueles que ainda não estão amadurecidos”⁵⁴⁹

Nesse sentido, se manifestou o Ministro Rogério Schietti Cruz, no Recurso Repetitivo REsp 1480881/PI, julgado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em 26/08/2015:

É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas. A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, não importa, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce.⁵⁵⁰

Com o a utilização da Internet, surgiram também alguns perigos às crianças e adolescentes que passaram a ser alvos de aliciadores, de pedófilos. Em verdade, com as novas tecnologias é cada vez mais abundante e irrestrito o acesso as crianças e adolescentes dos apelos sexuais, que não possuem ainda maturidade psicológica para vivenciar.

Sarni ao analisar a tutela e vulnerabilidade do menor no âmbito televisivo italiano, que conta com vários mecanismos de proteção às crianças e adolescentes observa:

Mesmo com a peculiar característica de vulnerabilidade do menor, o mesmo precisa de medidas especiais para tutela de sua pessoa, com a finalidade de assegurar a ele mesmo proteção adequada. O crescimento deve, portanto, dar-se em um ambiente livre de estímulos nocivos e capazes de ajudá-lo no processo educativo. Se a função educativa cabe sobretudo à família, esta cada vez mais é suportada pelos núcleos

⁵⁴⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. Direitos Fundamentais. p.73-116. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95.

⁵⁵⁰ BRASIL. STJ Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435047&numero_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF Acesso em setembro de 2016.

socioeducativos – entre os quais ressalta-se o meio televisivo –que têm ambos o dever de corroborar nos processos de maturação de que faz parte o menor.⁵⁵¹

Cabe a sociedade realizar uma reflexão sobre que valores merecem ser salvaguardados e agir nesse sentido, pois o legislador penal buscou proteger sexualmente as crianças, adolescentes e demais vulneráveis, mas a sociedade, a família precisa fazer a sua parte na busca de um desenvolvimento saudável da sexualidade, começando com uma maior fiscalização ao acesso e exposição que os menores são ostentados.

Examinada a tutela penal sexual do menor no direito penal brasileiro, sobretudo o estupro de vulnerável contra menor de 14 anos, no próximo capítulo será realizado estudo da tutela penal sexual do menor no direito penal italiano.

⁵⁵¹ SARNI, Cinzia. Tutela e vulnerabilidade do menor no âmbito televisivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Org). Cuidado e vulnerabilidade, p. 311-330. São Paulo: Atlas, 2009, p. 314.

CAPÍTULO V

A TUTELA PENAL DA INTANGIBILIDADE E DA LIBERDADE SEXUAL DO MENOR NA ITÁLIA E AS SUAS IMPLICAÇÕES JURISPRUDENCIAIS.

5.1 Considerações Iniciais

Após a análise da tutela penal sexual do menor no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente em relação ao delito de estupro de vulnerável, passa-se agora a análise do homólogo delito no contexto normativo e jurisprudencial italiano.

Primeiramente, será realizada uma breve exposição histórica sobre o conceito de crime sexual nos códigos penais italianos, examinando quais foram as evoluções e inovações introduzidas ao longo dos anos. Uma atenção especial será dedicada à análise dos bens jurídicos considerados objetos de tutela ao longo do tempo, em relação aos crimes sexuais.

Após a apreciação da tutela penal da dignidade sexual das crianças, adolescentes e vulneráveis na legislação brasileira, operada no capítulo II, se dedicará atenção aos crimes sexuais no confronto dos menores de idade na lei penal italiana, com foco no delito di *Atti sessuali con Minorenne*, previsto no artigo 609 – *quater* do Código Penal italiano.

Será examinada a doutrina e a jurisprudência da Suprema Corte di Cassazione⁵⁵² italiana relativa ao crime de *atti sessuali con minorenne*, considerando-se os casos mais recentes tratados, mas sem deixar de lado as referências dos casos mais famosos e os precedentes sobre o assunto.

Finalmente, se fará um aceno dos novos regulamentos introduzidos a nível europeu neste campo: como se sabe, de fato, o Estado italiano é um estado membro da União Europeia (UE), e ao mesmo tempo Estado parte do Conselho da Europa, portanto, embora de forma diferente, obrigado a observar as condições decorrentes das obrigações supranacionais e internacionais.

⁵⁵² O Supremo Tribunal de Cassação, no sistema legal em vigor na República Italiana, é o tribunal de última instância de legitimidade das decisões dos tribunais comuns. Desempenha funções do Tribunal de Cassação e do Supremo Tribunal, a última partilhada com o Tribunal Constitucional da República Italiana. Não julga questões de fato, mas de direito: *giudice di legittimità*. Isto significa que não pode se ocupar de reexame de prova, mas só pode verificar que tenha sido aplicada corretamente a lei e que o processo em graus anteriores foi realizado de acordo com as regras (ou seja, o direito processual foi corretamente aplicado, também em relação a produção e validade da prova, bem como as questões de mérito da causa).

Será, então, interessante verificar se e em que extensão na Itália foram implementadas, a nível doméstico, as indicações europeias não só em termos de regulação, mas também e acima de tudo no nível jurisprudencial.

Esta análise será concluída com a confrontação entre os delitos de estupro de vulnerável e *atti sessuali con minorenne* e a apresentação de uma solução para a legislação brasileira à luz da legislação penal italiana para a questão dos atos sexuais consensuais entre menores, que hoje pelo rigor do diploma penal, caracterizam ato infracional análogo ao estupro de vulnerável.

5.2. Um Esboço Histórico: Os crimes sexuais na Itália, do Código Zanardelli ao Código Rocco.

O crime sexual é introduzido no direito italiano já em 1890, ano em que entra em vigor o Código Penal, já aprovado no ano anterior⁵⁵³. Este código, conhecido como Código Zanardelli⁵⁵⁴, do nome de seu promotor, o então ministro da Graça e Justiça Giuseppe Zanardelli, que foi caracterizado a partir de uma clara marca liberal e permaneceu em vigor de 1890 a 1930, ano em que foi substituído pelo Código Rocco (atualmente em vigor na Itália), também assim designado pelo nome de seu promotor Alfredo Rocco, Ministro da Justiça.

O título VIII deste Código era dedicado aos “*delitti contro il buon costume e l’ordine delle famiglie*”⁵⁵⁵e, mais especificamente, o capítulo I era intitulado “*della violenza carnale, della corruzione di minorenni e dell’oltraggio al pudore*”.⁵⁵⁶

Manfredini, explica em que consistia a criminalidade sexual para o Código Zanardelli:

Il sistema penale attuato nel nostro Codice considera la criminalità sessuale più che dal punto di vista di lesione agli interessi sociali relativi alla funzione sessuale, dal lato di violazione dei diritti sessuali in quanto son diritti personali e sociali: cioè più

⁵⁵³ Os códigos anteriores, sobre todos o Código Toscano, metade do século XIX, já incluíam entre os crimes, os de natureza sexual; contudo neste caso é feita referência ao primeiro código penal da Itália pós-unificação aplicado em todo o território nacional.

⁵⁵⁴ Para uma reconstituição histórica geral do contexto que conduz à produção do Código Zanardelli Ver: CORDANI, Angela Santangelo, *Alla vigilia del codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell’Italia postunitaria*, Milano: Giuffrè, 2008; Sobre o Código Zanardelli no que diz respeito aos crimes sexuais ver ANETTA, Massimiliano; FARINI, Sara; VENTURA, Valentina et. al. , *I delitti contro la libertà sessuale: aggiornato al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39*, Torino: G Giappichelli, 2014.

⁵⁵⁵ Delitos contra os bons costumes e a ordem das famílias.

⁵⁵⁶ “Do estupro, corrupção de menores e do ultraje ao pudor”.

che della tutela della funzione si preoccupa della aggressione alla personalità umana.⁵⁵⁷

Portanto, embora o bem jurídico tutelado fosse à proteção dos bons costumes e da ordem familiar, também se preocupava os direitos pessoais.

O artigo 331 previa o delito de estupro com a seguinte redação:

Chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona dell'uno o dell'altro sesso a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni.

Alla stessa pena soggiace chi si congiunge carnalmente con persona dell'uno o dell'altro sesso la quale al momento del fatto:

1 Non abbia compiuto gli anni dodici;

2 Non abbia compiuto gli anni quindici se il colpevole ne sia l'ascendente, il tutore o l'institutore;

3 Essendo arrestata o condannata sia affidata al colpevole per ragione di trasporto o di custodia;

4 Non sia in grado di resistere per malattia di mente o di corpo o per altra causa indipendente dal fatto del colpevole, ovvero per effetto di mezzi fraudolenti da esso adoperati.⁵⁵⁸

Cominando pena de reclusão de três a dez anos para “qualquer pessoa” que houvesse forçado com violência ou ameaça uma pessoa de um ou outro sexo a conjunção carnal. O sujeito passivo no delito de estupro, portanto, poderia ser tanto vítima do sexo feminino quanto masculino, diferentemente do Código Penal Brasileiro de 1890⁵⁵⁹, que somente poderia figurar como sujeito passivo a mulher.

⁵⁵⁷ MANFREDINI, Mario. Trattato di Diritto Penale, Vol. IX Dei Delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie. Milano: Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, 1921, p.54. Tradução livre: O sistema penal implementado no nosso Código considera a criminalidade sexual mais do que do ponto de vista de lesões aos interesses sociais relativos a função sexual, ao lado de violações dos direitos sexuais enquanto são direitos pessoais e sociais: isto é, mais do que a tutela da função está preocupado com a agressão à personalidade humana.

⁵⁵⁸ Tradução Livre: Quem quer que, com violência ou ameaça, constanja uma pessoa de um ou de outro sexo à conjunção carnal, é punido com a pena de reclusão de três a dez anos.

À mesma pena fica sujeito quem tem conjunção carnal com pessoa de um ou de outro sexo, a qual no momento do fato:

1- não tenha completado 12 anos;

2- não tenha completado 15 anos, se o culpado for o ascendente, o tutor ou o preceptor;

3- estando presa ou condenada, seja confiada ao culpado em razão de transporte ou de vigilância;

4- não seja capaz de resistir, por enfermidade mental ou física ou por outra causa independente da ação do culpado, ou ainda em consequência de meios fraudulentos pelo mesmo usados.

⁵⁵⁹ Quando da vigência do Código Zanardelli na Itália, no Brasil correspondia à vigência do Código Penal de 1890, que no art. 268 e 269 previa o delito de estupro.

O inciso segundo deste artigo previa a mesma pena para aqueles que praticassem conjunção carnal com: 1) menores de 12 anos; 2) menores de 15 anos caso o autor fosse ascendente, tutor ou preceptor; 3) prisioneiros do qual o autor do crime mantinha sob custódia; 4) sujeitos de qualquer modo deficientes (não seja capaz de resistir, por enfermidade mental ou física ou por outra causa independente)

Manfredini argumenta sobre o ato sexual com menores de 12 anos:

L'aver contenuto in pari valutazione le azioni violente e i rapporti non violenti, per la circostanza che questi ultimi siano attuati con minori di dodici anni, dimostra che la mente del legislatore si è: non considerare capace tale minore nè anatomicamente, nè fisiologicamente, nè psico-eticamente ad effettuare la reazione e neppure a concretare un'azione che possa valere come fatto intellettuale e morale. Invero se non si fosse trattato di questa assenza di capacità nel soggetto passivo, non sarebbe possibile giustificare la norma; perchè allora realmente si sarebbe costituita una di quelle presunzioni assolute che come nota il MANZINI non sono ammissibili in diritto penale. [...]

Pertanto seguendo il nostro pensiero crediamo dover escludere ogni concetto di presunzione. Si tratta di *violenza vera*; perchè il far concorrere a rapporti sessuali un essere che di questi no sa valutare l'importanza etica, nè sociale; che gli atti relativi compie o subisce come un qualunque atto comune; ciò significa di fronte alla necessità di difesa sociale (danno recato e pericolosità del delinquente) come abusare di persona narcotizzata, o malata di mente.

Nè si dica che questa inesperienza assoluta è di se una presunzione; potrà esservi qualche eccezione di precocità, specie intellettuale; ma la norma, è elementare, guarda alla generalità dei casi; ed è verita scientifica questa della immaturità organica e intellettuale dei minori di 12 anni.⁵⁶⁰

⁵⁶⁰ MANFREDINI, Mario. Trattato di Diritto Penale, Vol. IX Dei Delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie. Milano: Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, 1921, p.87-88. Tradução livre: Ter contido na mesma avaliação as ações violentas e relacionamentos não violentos, pela circunstância que estes últimos são executados com menores de doze anos demonstra que a mente do legislador: não foi capaz de considerar tais menores nem anatomicamente nem fisiologicamente, nem psico-eticamente para efetuar tais reações nem mesmo a concretizar uma ação que possa valer como fato intelectual e moral. Na verdade, se não fosse tratada dessa ausência de capacidade do sujeito passivo, não seria possível justificar a norma, porque então realmente seria constituída uma daquelas presunções absolutas que como nota MANZINI não são admissíveis em direito penal. [...] Portanto, seguindo o nosso pensamento acreditamos que temos que excluir qualquer conceito de presunção. Trata-se de *violência verdadeira*, porque fazer concorrer em relações sexuais um ser que destas não sabe avaliar a importância ética, nem social, os atos relativos a realizar ou suportar como qualquer ato comum; isso significa enfrentar a necessidade de defesa social (danos causados e periculosidade do infrator) como abusar de uma pessoa drogada ou doente mental.

Nem se diga que esta inexperiência absoluta é uma presunção; pode haver alguma exceção de precocidade, de espécie intelectual, mas a norma, é fundamental, olha à generalidade dos casos, é verdade científica desta imaturidade orgânica e intelectual de crianças menores de 12 anos.

Os precedentes legislativos da equiparação de violência na legislação italiana remontam ao Código Sardo (art. 491), napolitano de 1819 do qual foi importado no Código Sardo modificado com o D. 17 de fevereiro de 1861, para as províncias meridionais, e Toscano (art. 488) no qual era mais lógico dentro daquele sistema, compreendendo entre eles o abuso de autoridade⁵⁶¹.

Já nos idos de 1896 Viazzi professava sobre a incapacidade de consentir, como uma presunção:

Col reato di violenza carnale si viola la libertà sessuale della vittima: ma occorre distinguere i casi in cui nel paziente abbiassi dovuto vincere una resistenza vera, da quelli in cui, mancando la capacità di consentire, il coito semplicemente non appaia che quale determinante di due volontà concordi delle quali una meno consapevole della natura e degli effetti della propria azione – i quali ultimi casi, con l'applicazione della stessa pena, sono tolti in considerazione, a parte, nel capoverso dell'articolo citato. In ambedue le figure vi ha, come elemento materiale, la contaminazione della castità corporea del soggetto passivo: la differenza sta in ciò che nei primi casi è presunto – per essere precisi, presunzione di dissenso, non di violenza, come osserva rettamente il Carrara.⁵⁶²

Em sentido contrário se posiciona Manfredini, entendendo que não se tratava de uma presunção e sim da própria violência:

[..] per cui è incriminato il fatto del congiungimento carnale per se stesso, senza che concorra violenza o frode: sanzioni che nella tradizione scolastica vennero designate come di violenza presunta. È opportuno qui precisare il nostro pensiero con l'esame analitico della legge, per la quale i fatti preveduti hanno reale carattere di violenza, giacchè la mancanza di resistenza delle vittime fa sì che la semplice attività comune assume carattere di violenza. Si tratta dunque nel Codice di un'eguale valutazione data a due ipotesi nelle linee esterne differenti, ma in sostanza perfettamente *eguali*, sia per la coazione alla vittima, sia per la soggettività attiva; è nei rispetti della valutazione penale e della necessità della difesa penale che devono

⁵⁶¹ Ver Manfredini, *op. cit.*, p.116.

⁵⁶² VIAZZI, Pio. Sui Reati Sessuali. Note ed Appunti di psicologia e giurisprudenza. Torino: Fratelli Bocca. 1896, p.7. Tradução livre: Com o crime de estupro se viola a liberdade sexual da vítima: era necessário distinguir os casos em que a vítima tinha que vencer uma resistência verdadeira, daquelas em que faltando a capacidade de consentir, o coito simplesmente não aparece como sendo determinante de duas vontades concordantes, das quais uma menos consciente da natureza e dos efeitos de sua própria ação,- os quais- últimos casos, com a aplicação da mesma pena, são retirados em consideração, a parte, no parágrafo do artigo citado. Em ambas as figuras há como elemento material, a contaminação da castidade corpórea do sujeito passivo: a diferença está que nos primeiros casos é presumido, para ser preciso, presunção de dissenso, não de violência, como observa de forma justa Carrara.

esaminarsi le ipotesi in discorso. Stabilito che non è presunzione resta superfluo esaminare la questione se si tratti di presunzione assoluta o relativa. Tuttavia ricordiamo che gli interpreti, che ritennero essere qui sanzionata una presunzione, la affermarono *juris et de jure* malgrado il contrasto di tale affermazione con i principi fondamentali di diritto penale.⁵⁶³

Percebe-se que a discussão sobre a natureza da tutela penal sexual do menor há muito tempo já causava controvérsias.

Portanto, a menoridade penal sexual no Código Zanardelli era a idade de 12 anos, conforme o art. 331, n.1, não influenciando a virgindade ou o estado de corrupção da vítima. Gusmão analisando as razões de ser da presunção de violência do art. 272 do Código Penal de 1890, faz referência a essa previsão do Código italiano apresentando por semelhança as justificativas italianas do anteprojeto do Código Zanardelli :

una persona può essere incapace di consenso libero e serio per motivi di età: *quando puella non est doli capax*, come già diceva gli antichi giuristi, e questo è il caso che più richiede attenzione del legislatore perché altamente frequente e funesto; frequente per la facilità del delitto e per gli impulsi che la propria età favorisce la lussuria; funesto per il vituperio incancellabile che affligge le tenere e innocenti esistenze nella sua sbocciatura a vita, vituperio che più spesso li trascina fatalmente la completa depravazione. Nulla è lecito aggiungere per giustificare⁵⁶⁴

Os capítulos sucessivos deste Título eram, em vez disso, assim divididos: Capitulo II “*del ratto*” *per fine di libidine o matrimonio*; capitulo III “*del lenocinio*,”⁵⁶⁵ vale dizer exploração

⁵⁶³ MANFREDINI, Mario. Trattato di Diritto Penale, Vol. IX Dei Delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie. Milano: Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, 1921, p.116. Tradução livre: Pelo qual é incriminado o fato da conjunção carnal por si mesma, sem que concorra violência ou fraude: sanções que na tradição escolástica vieram designadas como violência presumida. É oportuno esclarecer nosso pensamento com o exame analítico da lei, para a qual os fatos previstos tem caráter real de violência, já que a falta de resistência das vítimas faz com que as atividades comuns simples assume caráter de violência. Se trata, portanto no Código de uma igual avaliação dada a duas hipóteses em diferentes linhas externas, mas, no essencial, perfeitamente iguais, seja pela coação a vítima, seja pela subjetividade ativa, é em relação a avaliação penal e da necessidade de defesa penal que devem-se examinar-se as hipóteses em apreço. Estabelecido que não é presunção resta superfluo examinar a questão se se trata de presunção absoluta ou relativa. Todavia, lembramos que os intérpretes, que consideraram ser aqui sancionada uma presunção, alegaram *juris et de jure* apesar do contraste desta declaração com os princípios fundamentais do direito penal.

⁵⁶⁴ GUSMÃO, *Op. cit.*, p.170. Tradução livre: uma pessoa pode ser incapaz de consentimento livre e sério devido a razões de idade: *quando puella non est doli capax*, como diziam os antigos juristas, e é este o caso que mais exige a atenção do legislador, porque sumamente frequente e funesto; frequente pela facilidade do delito e pelos impulsos com que a própria idade favorece a luxúria; funesto pelo vitupério incancelável que aflige a tenras e inocentes existências no seu desabrochar para a vida, vitupério que as mais das vezes as arrasta fatalmente à completa depravação. Nada é lícito acrescentar para justificá-lo.

⁵⁶⁵ Capítulo II Do Rapto para fins libidinosos ou casamento; Capítulo III Do Lenocínio.

ou indução a prostituição infantil; capo IV “*disposizioni comuni ai capi precedenti*”; capo V “*dell’adulterio*”; capo VI “*della bigamia*”; capo VII “*della supposizione e della soppressione di stato*”.⁵⁶⁶

A partir do exposto, se pode deduzir que as infrações em exame tinham como bem jurídico tutelado os bons costumes e a ordem familiar: pois no relatório ministerial sobre o projeto do código em 1887, de fato, estes dois elementos são considerados "bens jurídicos essenciais" da sociedade civil.⁵⁶⁷

Além disso, outro dado a ressaltar é em relação à existência da previsão de dois tipos penais: a Violência carnal (estupro) que pressupunha o constrangimento da pessoa através da violência ou ameaça à conjunção carnal, e o atentado violento ao pudor, que, embora realizado por meio de violência ou ameaça, não era dirigido a cometer o crime de estupro⁵⁶⁸.

No artigo 333 estava positivado o crime de atentado ao pudor:

Chiunque usando dei messi o profittando delle condizioni o delle circostanze indicate nell’articolo 331, commette su persona dell’uno e dell’altro sesso atti di libidine, che non siano diretti al delitto preveduto in detto articolo, è punibile con la reclusione da uno a sette anni.

Se il fatto sia commesso con abuso di autorità o di fiducia o di relazioni domestiche, la reclusione, in caso di violenza o minaccia, è da due a dieci anni; e nei casi preveduto nei numeri 1 e 4 del capoverso dell’art. 331, è da quattro a dodici anni.

Adotando o legislador italiano o método de exclusão para diferenciar do delito de estupro, e exigindo o contato corpóreo entre o agente e a vítima. No Brasil, admitia-se a configuração do crime ainda que sem o contato físico.

Esta distinção permaneceu, todavia, inalterada mesmo com o advento do Código Rocco de 1930, que previa a distinção entre o artigo. 519 (violência carnal = estupro) e do artigo. 521 (atentado violento ao pudor).

⁵⁶⁶ Capítulo IV "disposições comuns aos capítulos anteriores"; Capítulo V – Do adultério; Capítulo VI "Da bigamia"; Capítulo VII "Da suposição e supressão de estado de filiação.

⁵⁶⁷ Conforme PUZZO, Carmela. *I reati sessuali*, Sant’Arcangelo di Romagna: Maglioni, 2010, p.25.

⁵⁶⁸ O Artigo. 333 do Código Zanardelli parece retomar o Art. 282 do anterior Código Toscano que previa que: “*Qualunque altro atto di libidine commesso, mediante violenza, in persona dell’uno o dell’altro sesso, ognoraché non cada, come tentativo di violenza carnale, sotto una pena più grave, fa incorrere nella carcere da uno a cinque anni*”. Tradução: Qualquer outro ato libidinoso cometido por meio de violência na pessoa de um ou de outro sexo, sempre que não caia na tentativa de estupro, sob pena mais grave, faz incorrer na prisão de um a cinco anos. " Para um enquadramento sistemático do Código da Toscana de 1853 Ver sobre todos: F. Mantovani, *Pregi e limiti del codice penale toscano del 1853, presentazione alla ristampa anastatica de il Codice penale pel Granducato di Toscana*, Padova, 1995 e S. Vinciguerra, *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano, presentazione al Codice penale pel Granducato di Toscana*, Padova, 1995.

Na formulação original do novo código penal italiano, que possui três livros, entre outras coisas, os crimes sexuais continuavam localizados no interior do Título IX do Livro II, relacionado aos tipos penais que protegiam a "moralidade pública e os bons costumes", (não é mais citada a ordem da família), que serão considerados os bens jurídicos tutelados até a reforma introduzida pela Lei 15 de fevereiro de 1996 n. 66. Manzini assim professava sobre o objeto jurídico da tutela penal do novo código:

[..] è l'interesse dello Stato di garantire i Beni giuridici della *moralità pubblica e del buon costume*, in quanto si attiene alla libertà sessuale, all'inviolabilità del sentimento del pudore e al rispetto dell'onore sessuale.

La moralità pubblica sessuale e il buon costume sono beni giuridici essenziali della civiltà moderna, i quali si integrano reciprocamente, e perciò si trovano associati anche in relazione alla tutela che ad essi appresta la legge penale. Anzi, si può dire che la moralità pubblica sessuale e il buon costume costituiscano una cosa sola, perchè quella moralità non è che una disciplina di buon costume nei riguardi sessuali, e questo buon costume altro non è che applicazione della pubblica moralità sessuale. Il complesso di codesti interessi giuridici invero, è costituito dall'esigenza sociale dell'osservanza, da parte di tutti, di quei limiti che sono ritenuti necessari per garantire l'inviolabilità della persona contro attentati sessuali. l'inviolabilità del sentimento del pudore e il rispetto del così detto onore sessuale.⁵⁶⁹

Contudo, de qualquer modo deve-se considerar notável esforço realizado no Código Rocco em termos de sistemática: o título IX, de fato prescreve para os delitos de matriz sexual apenas três capítulos, divididos em: “*delitti contro la libertà sessuale*” (Capo I) e “*delle offese al pudore all'onore sessuale*” (Capo II), *oltre alla previsione di disposizioni comuni ai capi precedenti* (Capo III).⁵⁷⁰ O primeiro capítulo, por sua vez, disciplinava os crimes de “*Violenza carnale*” (art. 519), “*Congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale*” (art. 520), “*Atti di libidine violenti*” (art. 521), “*Ratto a fine di matrimonio*” (art. 522), “*Ratto a fine di libidine*” (art. 523), “*Ratto di persona minore degli anni quindici o inferma al fine di libidine o di matrimonio*” (art. 524), “*Circostanze attenuanti*” (art. 525), “*Seduzione con promessa di matrimonio commessa da persona coniugata*” (art. 526).⁵⁷¹

⁵⁶⁹ MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano. Vol. 7. Torino: UTET, 1951, p. 252-253.

⁵⁷⁰ Tradução livre: crimes contra a liberdade sexual” (Capítulo I) e “das ofensas ao pudor, honra sexual” Capítulo II), além da previsão Das disposições comuns aos capítulos anteriores (Capítulo III).

⁵⁷¹ Estupro (Art. 519); Conjunção carnal cometida com abuso da qualidade de funcionário público (art. 520); Atentado Violento ao Pudor (art. 521), Rapto para fim de casamento (art. 522); Rapto para fins libidinosos (art. 523); Rapto de pessoa menor de quatorze anos ou enferma para fins libidinosos ou de casamento (art. 524);

Nas palavras de Manzini liberdade sexual consiste:

d'un bene giuridico *individuale*, Che cioè si concreta necessariamente nelle persone dei singoli; ma l'interesse relativo a codesto bene, che il diritto penale protegge, ha carattere pubblico, in quanto il bene medesimo è considerato come proprio di tutti e di ciascuno, e non soltanto dei singoli, nei quali venga concretamente aggredito.⁵⁷²

Se pode imediatamente notar que a introdução do termo "*liberdade*", enquanto inserido em um contexto em que o fenômeno da sexualidade estava estreitamente conectado ao interesse nacional da procriação e preservação da espécie, marca uma reviravolta importante na consideração do ato sexual como um direito pessoal fundamental. Tal intervenção foi, sem dúvida, a expressão de uma "revolução cultural e social,"⁵⁷³ no que diz respeito à consideração da sexualidade das mulheres na idade contemporânea.

O Código Rocco na sua redação original trazia a seguinte tipificação para a violência carnal:

Art. 519 "*Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi si congiunge carnalmente con persona la quale al momento del fatto:*

1. *non ha compiuto gli anni quattordici;*
2. *non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole ne è l'ascendente o il tutore, ovvero non è un'altra persona a cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, d'istruzione, di vigilanza o di custodia;*
3. *è malata di mente, ovvero non è in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni di inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole;*
4. *è stata tratta in ingano per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.*

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, (tanto um homem quanto uma mulher), salvo no caso do n. 3 que deve se revestir das determinadas qualidades pessoais ou incumbências, que são condições de punibilidade do fato.

Circunstâncias atenuantes (art. 525), Sedução com promessa de casamento cometido por pessoa casada "(art. 526).

⁵⁷² MANZINI, Vincenzo. *op. cit.*, p. 255.

⁵⁷³ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 2, Bologna, Zanichelli, 2013, p.236.

Além de tutelar a moral pública e os bons costumes tutela-se particularmente a inviolabilidade carnal da pessoa. O legislador da década de 30, portanto, considerava necessário o uso da violência para o aperfeiçoamento do crime, não bastando o mero dissenso da vítima do crime.

Porém, em relação a tutela sexual dos menores de 14 anos, pode ser cometido sem o emprego da violência ou grave ameaça, pelo fato de somente praticar a conjunção carnal, ainda que consentido pelo menor, pois a lei não reconhece como válido tal consentimento.

O artigo 519 leva em consideração dois limites de idade:

- a) menor de 14 anos: o dever de abstenção é absoluto e universal em relação a todos
- b) maior de 14 a 16 anos: o dever de abstenção é relativo, subsiste somente em relação a determinadas pessoas.

Portanto, a simples conjunção carnal, ainda que consensual, é punida como a conjunção carnal violenta, quando praticada com pessoa de um ou outro sexo, a qual, no momento do fato, não havia completado quatorze anos.

“Il congiungimento carnale non violento con persona normale che nel momento del fatto aveva compiuto gli anni quattordici, ancorchè non i sedici, non è punibile per il titolo dell’articolo 519, se commesso da persona diversa da quelle tassativamente indicate nel. n.2 del capoverso dello stesso articolo”⁵⁷⁴.

Como se vê não se trata de presunção e sim da tutela de pessoas particularmente tuteladas, conforme la relazione ministeriale sul progetto del codice penale: Sono determinate quelle speciali ipotesi criminose, che prescindono dalla violenza, e per le quali impropriamente si suole parlare, specie nella prassi, di violenza presunta.”

Ressalta-se ainda que o Código Rocco elevou o limite de idade de tutela do menor, enquanto no Código Zanardelli o limite de idade estabelecido era 12 anos, esse estabeleceu 14 anos.

5.2.1 A Reviravolta da Lei n 66 de 15 de fevereiro de 1996.

Todavia, a verdadeira mudança, como antecipado, acontecerá, pelo menos no plano teórico, somente com o advento da Lei n. 66 de 15 de fevereiro de 1996, que revogou e

⁵⁷⁴ MANZINI, *op. cit.* p. 275.

substituiu a originária redação do Código de 1930: o processo que levou a esta imponente reforma foi longo e difícil⁵⁷⁵.

Na doutrina italiana se ressaltou como a emancipação das mulheres contribuiu para aprofundar o conceito de violência sexual em um sentido não estritamente ligado ao dano físico sofrido pela parte agredida, mas sim as implicações psicológicas, muitas vezes indetermináveis, que incidem sobre o desenvolvimento global da personalidade da vítima do crime.⁵⁷⁶

Primeira novidade da Lei 1996 é que introduz a nova catalogação dos “*delitos contra a liberdade e intangibilidade sexual*”, transfere os crimes sexuais do Título IX relativo aos *delitos contra a moralidade pública e os bons costumes* ao Título XII relativo aos *crimes contra a pessoa*. A mudança sistemática foi, portanto, fruto de uma “difícil e complexa gestação”⁵⁷⁷, que durou mais de vinte anos.

O êxito normativo produziu a revogação do Capítulo I do Título IX (delitos contra a liberdade sexual) e a colocação dos crimes sexuais dentro dos delitos contra a liberdade pessoal (Capítulo III do Título XII), com a introdução no mesmo capítulo do art. 609 *bis-decies*.

Essa classificação dos crimes foi considerada mais idônea a fim de evidenciar que agora o bem jurídico tutelado é a dignidade e a liberdade de autodeterminação da pessoa também no campo sexual. Nesse sentido Fiandaca e Musco:

Ovvio, allora, che con il modificarsi del contesto ideologico e con l'avvento della Carta Costituzionale e dei suoi principi liberali (di rispetto della persona umana indipendentemente dallo *status* sociale e dall'uguaglianza senza discriminazioni per ragioni di sesso), questa concezione della libertà sessuale fosse destinata a tramontare. Già da decenni la dottrina penalistica aveva messo in luce l'improprietà e la contraddittorietà della collocazione dei reati sessuali nel Titolo IX del codice penal, dedicato ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, ben guardandosi dal riconoscere al bene della libertà sessuale una connotazione pubblica. E da parte sua la giurisprudenza aveva superato la difficoltà di concepire la

⁵⁷⁵ Entre as muitas contribuições anteriores à reforma e indicativo da exigência de "personalizar" os assim ditos crimes sexuais, isto é, que os crimes sexuais afetam o direito das pessoas, e não a honra, ordem pública ou bons costumes ver, *inter alias*, G. Fiandaca, voce *Violenza Sessuale*, in *Enc. Dir.* CLIV, Milano, 1993, 953 ss. e F. Carrieri, *La percezione sociale della vigente normativa in tema di delitti sessuali* i. Prospettive di riforma, in G. Canepa, M. Lagazzi (a cura di), *Delitti sessuali*, Padova, 1988.

⁵⁷⁶ Merzagora, Isabella. *Relativismo culturale e percezione sociale in materia di comportamenti sessuali devianti*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario alle nuove norme contro la violenza sessuale*, Padova, 1996, p.343 ss.

⁵⁷⁷ MANTOVANNI, Ferrando. *Diritto Penale (parte speciale I) – Delitti contro la persona*, Padova, CEDAM, 2013. p.368.

libertà individuale come specie del genere moralità pubblica, individuando come unico bene giuridico tutelato quello di natura individuale della dignità umana e della libertà di autodeterminazione della donna nella sfera sessuale.⁵⁷⁸

Cabe ainda mencionar, que segundo Macrì no direito penal sexual em sentido estrito, os tipos penais podem ser subdivididos em 4 macrocategorias:

Le aggressioni sessuali ‘dirette’, le aggressioni sessuali ‘indirette’/abusi sessuali, gli atti sessuali con minorenne e le molestie sessuali. Iniziando dalle aggressioni sessuali ‘dirette’, esse sono caratterizzate dal fatto che nelle stesse vi è un dissenso della persona che subisce l’approccio sessuale, il quale viene superato attraverso i ‘classici’ mezzi costrittivi della violenza fisica o della minaccia (cui può aggiungersi anche la violenza reale), o anche mediante il semplice compimento delle attività sessuali nei confronti di una vittima la quale – per timore di subire gravi conseguenze, o perché bloccata dalla c.d. ‘immobilità tonica’, o per altri fattori – non ‘concretizza’ il suo dissenso sessuale in una opposizione fisicamente tangibile. L’aggettivo ‘diretta’ con cui si qualifica l’aggressione sessuale deriva dal fatto che in tali ipotesi la volontà sessualmente dissenziente della vittima viene piegata attraverso modalità, lato sensu, costrittive. [...] Per quanto attiene, viceversa, alle aggressioni sessuali ‘indirette’ o abusi sessuali, nelle stesse manca il piegamento dall’ esterno della volontà del soggetto, il c.d. willensbeugung cui fa riferimento la dottrina tedesca. In tali casi si verifica piuttosto una strumentalizzazione sessuale, da parte del soggetto agente, di una persona che non è in grado, per motivi fisici o psichici (transeunti o permanenti), a causa della concreta interrelazione instaurata con l’autore od infine a causa della frode sulla natura/finalità dell’atto, o sull’identità fisica dell’agente, di esprimere un consenso od un valido consenso alle attività sessuali, di modo che queste non si configurino affatto come espressione della libertà sessuale intesa in senso positivo dell’individuo. La suddetta categoria può poi essere suddivisa in tre ulteriori distinte tipologie di aggressione sessuale ‘indiretta’. La prima è data dalle ipotesi di abuso sessuale caratterizzate dall’ instaurazione di interrelazioni sessuali con soggetti che non sono, per ragioni fisiche o psichiche (transitorie o permanenti), in condizione di esprimere un valido consenso (abuso sessuale proprio). La seconda include invece interrelazioni sessuali caratterizzati anch’esse da un evidente “differenziale” volitivo tra i soggetti coinvolti, ma dovuto non ad una situazione di inferiorità ‘assoluta’ della vittima, quanto piuttosto da una relazione (gerarchica, di consulenza psichiatrica ecc.) nella quale la persona offesa si trova in qualche modo in un rapporto di dipendenza con l’agente, rapporto di cui quest’ultimo si approfitti (mediante abuso di autorità non trasmodante in minaccia

⁵⁷⁸ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *op. cit.*, p. 240.

ecc.) a fini sessuali (abuso sessuale relazionale). L'ultima categoria, infine, racchiude i casi di inganno ai danni della vittima sull'identità fisica dell'agente o sulla natura o finalità dell'atto, per cui il soggetto passivo non esprime nell'atto sessuale il proprio volere, in quanto crede di interrelazionarsi con diversa persona, o comunque di porre in essere una differente attività, quale ad es. una visita medica (abuso sessuale ingannatorio). Per quanto riguarda gli atti sessuali con minorenni, in essi vanno fatti rientrare le attività sessuali consensuali con soggetti la cui età, per valutazione normativa, li rende incapaci di vivere in modo consapevole o comunque paritario l'interrelazione sessuale con il soggetto agente. [...]

Da ultimo, si pongono ai confini del diritto penale sessuale in senso stretto le c.d. molestie sessuali. La locuzione 'molestie sessuali' – o 'sexual harassment' nella variante anglosassone – da sempre usata nel lessico comune per indicare comportamenti molesti di natura sessuale, pone numerosi problemi sotto il profilo penalistico, essendo i contorni della stessa ancor più indeterminati rispetto a quelli delle altre categorie rilevanti, appena esposte, di interrelazioni sessuali illecite. Posto che sicuramente appartengono al diritto penale sessuale in senso lato condotte incidenti unicamente sulla riservatezza sessuale della persona (es. atti osceni in luogo pubblico senza una specifica finalità di molestare singole persone), come altresì appartengono – rectius dovrebbero appartenere – al settore degli atti penalmente irrilevanti le condotte di corteggiamento non 'intrusive' e non insistenti, si può individuare nella 'tranquillità sessuale' un importante punto di riferimento in materia. Si può cioè ritenere che sussista un interesse, del tutto degno di tutela, a che nessuna persona venga ad essere sottoposta a condotte di natura – non soggettivamente ma oggettivamente – sessuale che ne disturbino la tranquillità psichica pur senza configurare interrelazioni sessuali vere e proprie. Trattasi di un bene giuridico 'spurio' che si configura come un ibrido tra la riservatezza sessuale, la tranquillità psichica e la libertà sessuale, e che in effetti potrebbe essere ricompreso in quest'ultima attraverso una lettura estensiva dello stesso, che però in questa sede si ritiene inappropriata. Le molestie sessuali, perciò, andrebbero individuate come quelle condotte, implicanti o meno un contatto fisico tra agente e vittima, che ledano la tranquillità psichica della persona offesa sotto il profilo sessuale, consistendo in contatti sessuali 'minori' non consensuali – ma neanche necessariamente 'dissensuali' – da tipizzare adeguatamente (al riguardo v. art. 609-octies prog.17), ed in altre condotte insistenti di disturbo o molestia incidenti direttamente sulla sfera sessuale di un singolo individuo.⁵⁷⁹

Em vista disso, vislumbra-se a importância do dissenso ou consentimento da vítima, bem como a pluralidade de bens jurídicos tutelados no campo penal sexual.

⁵⁷⁹MACRÌ, Francesco. Verso un nuovo diritto penale sessuale: diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia. Firenze : Firenze University Press, 2010. p.5-7.

Outro grande avanço introduzido pela reforma foi sem dúvida a reunificação, sob a mesma rubrica de "violência sexual", da ancestral distinção entre "*violenza carnale*" (ex Art. 519 c.p.) e "*atentado ao pudor*" (ex Art. 521 C.P.). O objeto jurídico tutelado se centra na ofensa à autodeterminação sexual da pessoa, passando a ser secundário a manifestação concreta dos modos de violência.

Para completar, finalmente, é necessário salientar que a "nova" violência sexual engloba também o precedente crime de conjunção carnal previsto no art. 520 Código Penal: é apenas necessário salientar que o objetivo de tal unificação seja aquele de poupar a vítima de suportar qualquer tipo de abuso sexual ulterior e humilhante na investigação para verificar se há ou não a consumação efetiva do crime. Conforme, Fiandaca e Musco:

L'unificazione in parola persegue, dunque, un obiettivo ben preciso: si vuole risparmiare alla vittima l'ulteriore umiliazione e la profonda interferenza nella sua sfera intima connesse alle indagini degli investigatori e dei magistrati, volte ad accertare quale dei due reati fosse ravvisabile nei fatti denunciati ovvero a verificare se vi fosse stata consumazione o solo tentativo. Tali indagini, pertanto, sottoponendo ad un'esperienza penosa le vittime, erano spesso responsabili dell'atteggiamento riluttante delle donne che erano state abusate a denunciare le aggressioni subite.⁵⁸⁰

Agora o crime de violência sexual consiste em constringer alguém com violência, ameaça ou abuso de autoridade a praticar ou suportar, (submeter-se) a atos sexuais. (art. 609-bis). Substituiu-se a expressão *atti di libidine* para *atti sessuali*, "che, se nei più immediati intenti del legislatore è servita soprattutto per adeguare quel linguaggio, arcaico e di sapore moralistico, al più moderno lessico, in verità ha un significato ben più pregnante e innovativo."⁵⁸¹

O elemento normativo "atos sexuais" suscitou várias interpretações na doutrina italiana. "Oggi sotto il termine 'atti sessuali' sono ricompresi sia il congiungimento carnale che le diverse ipotesi di coito anale, orale od omosessuale, nonché tutte le altre forme di comportamenti libidinosi."⁵⁸²

No mérito da pena imposta ao autor deste gênero de crime foram feitas algumas modificações que, nesta sede, parece oportuno relevar: e, de fato, para a violência carnal a

⁵⁸⁰ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *op. cit.*, p. 238.

⁵⁸¹ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. (parte speciale I) - Delitti contro la persona*. 5 ed. CEDAM, 2013.p. 379. Tradução livre: que, se a intenção imediata o legislador serviu, sobretudo para adequar a linguagem arcaica e de sabor moralista, ao léxico mais moderno, na verdade tem um significado bem mais importante e inovador.

⁵⁸² FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *op. cit.*, p. 237.

pena mínima foi elevada para 5 anos de reclusão (anteriormente era prevista uma pena mínima de 3 anos). O artigo 609 *ter*, ao invés, em relação ao crime de violência sexual prescreve 7 circunstâncias agravantes com aumento de pena de um mínimo de 6 a um máximo de 12 anos de reclusão, e dentre elas, se o crime for cometido sobre uma criança menor de 14 anos (I, nº.1). Se o crime for cometido sobre uma criança com menos de dez anos (II) a pena mínima prevista é de 7 anos e máxima de 14 anos. Nas palavras de Mantovani, trata-se de uma super agravante⁵⁸³. Essas agravantes se referem a maior fragilidade, e porque não dizer vulnerabilidade das vítimas.

O sucessivo art. 609, *quater* prescreve o crime de atos sexuais com menores (não cometidos com violência ou ameaça); o artigo 609 *quinques* reintroduz a “corrupção de menores” para qualquer pessoa que pratique atos sexuais na presença de menores de 14 anos; o 609 *sexties* insiste no fato que a ignorância da idade da vítima é inescusável se cometida contra menores de 14 anos.

Por fim, se para crimes como a *violenza sessuale* ou *atti sessuali con minorenni* permanece a ação penal somente através da representação, os outros tipos de crimes podem ser processados de ofício, isto é, a ação penal é pública. Também significativo o fato de que o prazo para oferecer a representação foi elevado de 3 para 6 meses, de tal modo a permitir que a vítima do crime, tenha o tempo necessário para assimilar o lamentável ocorrido.

Todavia, em face de um inegável passo à frente realizado no plano teórico⁵⁸⁴, muito pouco foi realizado da reforma no plano prático: pelo contrário, segundo parte da doutrina, apesar de ter nobres intenções, a reforma teve como consequência a de negar espaços de autonomia ao direito à autodeterminação sexual. Para tanto, afigura-se oportuna a transcrição da lição de Fiandaca e Musco:

Anzi e paradossalmente si potrebbe anche sostenere che la nuova intitolazione costituisce un regresso rispetto alla situazione precedente, così come codificata dal c.d. diritto vivente: al di là delle migliori intenzioni, la riforma, riconducendo e facendo assorbire la libertà sessuale all'interno di una indistinta libertà individuale, ha finito per negare spazi di autonomia al diritto all'autodeterminazione sessuale,

⁵⁸³ Chiara la *ratio*:rimarcare, attraverso un'autonoma “superaggravante”, sanzionata più severamente delle precedenti, il più intenso disvalore degli atti sessuali, violenti, abusivi o fraudolenti, sull'*infradecenne*, le forme più odiose della piaga della *pedofilia*.MANTOVANI, *op. cit.*, p.414.

⁵⁸⁴ A lei em questão se pode incluir, de fato, entre as típicas “leis manifesto” para facilitar uma mudança de mentalidade entre os cidadãos, que desempenham um papel mais preponderante cultural que jurídico. No que respeita a orientação cultural feita pela lei 1996 Ver BERTOLINO, M. *La violenza sessuale tra presente e futuro*, Padova, 1996.

che invece precedentemente, sia pure per effetto dell'interpretazione evolutiva, il codice riconosceva⁵⁸⁵.

A grande crítica feita à lei de 1996 foi ter mantido inalterados os elementos de “violência” e de “ameaça” para a realização de crimes de natureza sexual. Desta forma, não foi dada a necessária importância a tutela da liberdade sexual *ex se*, para a qual não seria necessária a lesão a realização de ações violentas ou ameaçadoras, mas seria suficiente o mero dissenso. “E si dimentica, così, che la libertà sessuale è offesa per il solo fatto di essere la persona dissenziente”.⁵⁸⁶

5.2.2. A Lei nº 172 de 01 de outubro de 2012: Ratificação da Convenção de Lanzarote.

Finalmente, a última grande novidade normativa introduzida na legislação foi sem dúvida, a Lei n. 172 de 01 de outubro de 2012 de ratificação da Convenção do Conselho da Europa de 2007⁵⁸⁷ para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Convenção de Lanzarote), e as medidas de adequação do ordenamento interno italiano, e além disso resultou em alterações ao Código de Processo Penal; no entanto, nesta sede serão mencionadas apenas as alterações que ocorreram dentro do Código Penal⁵⁸⁸.

O artigo 23 da Convenção de Lanzarote, “*Abordagem de crianças para fins sexuais*,”⁵⁸⁹ ordena aos estados membros e signatários de adotar todo tipo de medidas legislativas (ou não) adequadas a impor sanções penais às condutas relacionadas ao “*child grooming*” (aliciamento de menores).

⁵⁸⁵ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *op. cit.*, p. 241.

⁵⁸⁶ Sob o ponto cfr. Mantovani, *op.cit.*, p.370. Tradução livre: E se esquece, assim, que a liberdade sexual é ofendida pelo simples fato de ser a pessoa discordante.

⁵⁸⁷ Ci si potrebbe chiedere perché è dovuto trascorrere tanto tempo (2007-2012) per emanare una legge sullo sfruttamento sessuale dei minori, peraltro di ratifica di una Convenzione Europea già sottoscritta dall' Italia nel 2007. CICCARELLI, Nicola. La tutela internazionale del minore vittima di abusi e di reati alla luce della Convenzione di Lanzarote. *Diritto e Giustizia Minorile*. Anno II, n. 2e3-2013. p 107.

⁵⁸⁸ Para uma discussão mais detalhada sobre crimes sexuais à luz da Convenção de Lanzarote Ver CAPORALE, Katianna. *I delitti sessuali all'indomani della ratifica della convenzione di Lanzarote*, Bari: Cacucci, 2013.

⁵⁸⁹ O artigo. 23 diz o seguinte: Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para qualificar como infracção penal o facto de um adulto propor de forma dolosa, através de tecnologias de informação e comunicação, um encontro a uma criança que não tenha atingido a idade estabelecida em aplicação do n.º 2 do artigo 18.º, com a finalidade de cometer nesse encontro qualquer uma das infracções estabelecidas em conformidade com a alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º ou com a alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º, desde que essa proposta seja seguida de actos materiais que visem a tal encontro. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046e1d8>. Acesso 22 de dezembro de 2016.

O legislador italiano, cumprindo assim as suas obrigações internacionais, introduziu novos crimes como o aliciamento de menores, incluindo através da internet (art. 609 *undecies*) e de “Istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia” (Instigação a práticas sexuais com crianças e pornografia infantil) e apologias do mesmo (art. 414 *bis*).⁵⁹⁰

A lei em questão alterou ainda o anterior art. 572 C.P. (*maltrattamenti in famiglia*)⁵⁹¹ de um lado, para reforçar o tratamento sancionatório e estender a tutela das pessoas que convivem,⁵⁹² mas, no entanto, não resolvendo de maneira definitiva o problema da oitiva dos menores vítimas de crimes sexuais⁵⁹³.

Entrando em mais detalhes da lei em questão nota-se como o crime de pornografia infantil, se coloca como o elemento unificador desta última reforma: deste crime, dentre outros, a lei identifica uma definição precisa elaborando duas infrações específicas e mais precisamente aquela que pune aqueles que: *utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico*⁵⁹⁴ e aquela que sanciona quem: *“recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto”*.⁵⁹⁵

Além do já citado art. 414- bis c.p. (*istigazione a pratiche di pedopornografia e pedofilia*), portanto, o elemento de produção de pornografia que envolve diretamente ou indiretamente outros tipos de crimes, pense-se o turismo sexual de menores, a prostituição infantil, o crime de corrupção de menores, e, finalmente, aliciamento de menores.

Respeito, a este último crime a lei de ratificação não faz nada mais, que transpor as indicações já contidas nos documentos internacionais, exigindo, para efeitos da configuração do crime, a mera utilização de artifícios, lisonjas⁵⁹⁶ ou ameaças para efeito de obter a

⁵⁹⁰ Para um primeiro comentário às alterações feitas pela lei Ver. VERZA, Annalisa *I reati a sfondo sessuale su minori nella legge 172/2012*, in 3, *Sociologia del diritto*, 2013, 160 ss.

⁵⁹¹ Equivalente a Violência doméstica.

⁵⁹² Em relação às novidades que a reforma determina sobre o crime de *maltrattamenti in famiglia* Ver: PAVICH, Giuseppe. *Luci e ombre nel “nuovo volto” del delitto di maltrattamenti*, in *Diritto penale contemporaneo* 9 Novembre 2012 in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1352131428PAVICH%202012a.pdf>. Acesso em 27 de dezembro de 2016.

⁵⁹³ RECCHIONE, Sandra. *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 Marzo 2013 in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1362664784RECCHIONE%202013a.pdf>. Acesso em 29 de dezembro de 2016.

⁵⁹⁴ Art. 600 *ter* co. I n.1 c.p. Tradução livre: utilizando menores de 18 anos realiza exposições ou espetáculos pornográficos ou produz material pornográfico.

⁵⁹⁵ Art. 600 *ter* co. I n.2 c.p. Tradução livre: quem recruta ou induz menores de dezoito a participar de exposições ou espetáculos pornográficos ou a partir destes espetáculos extrai de outra maneira lucro.

⁵⁹⁶ Lisongear (Lusungare) precisa ser entendido como adular, falsa gratificação, dirigir falsas e excessivas atenções a fim de ganhar a simpatia e boa vontade de alguém para induzi-lo para induzi-lo a um determinado comportamento. A doutrina destacou a dificuldade lógica de imaginar uma confiança conseguida por ameaça.

confiança do menor. No entanto, a falta de clareza na formulação utilizada levou parte da doutrina a definir este crime como crime-manifesto.⁵⁹⁷

Finalmente, no que diz respeito ao delito de corrupção de menores, pode-se observar como este foi ainda reforçado em relação às disposições da Convenção de Lanzarote, desde o momento que a lei 172/2012 sanciona o valor corruptivo, importância, corruptora mesmo a simples visualização de material pornográfico pelo menor de catorze anos sem prever a possibilidade de mitigar (ou não prever) a sanção, quando estão envolvidos entre eles sujeitos menores que deram seu consentimento.

5.2.3. Depois de Lanzarote, que perspectivas para crimes sexuais contra menores na Itália?

Em última análise, pode-se afirmar que a Lei nº 172 de 2012, tem desempenhado um papel notável na mudança do sistema de infrações destinados a tutela dos menores abusados sexualmente, e, além disso, para fornecer uma definição de "pornografia infantil" teve o mérito de introduzir, como vimos, as duas infrações de "incitação a práticas de pedofilia e pedopornografia" e aquela de aliciamento de menores. Em particular, estes últimos têm contribuído a antecipar de maneira considerável o limite de punição penal abrangendo aquelas condutas idôneas que colocam em perigo o verdadeiro bem jurídico tutelado destas normas, ou seja, "o saudável e correto desenvolvimento psico-físico do menor"⁵⁹⁸.

Todavia, em face de um notável esforço normativo, quase cinco anos das alterações introduzidas pela lei que ratifica a Convenção de Lanzarote, são muitos os problemas que permanecem sem solução, dentre todos os relacionados ao testemunho e, em geral, a oitiva do menor vítima de abuso⁵⁹⁹.

De fato, tal matéria na sua aplicação prática permanece confusa e com poucos pontos firmes, tanto para pressionar parte da doutrina a definir a disciplina do testemunho do menor,

⁵⁹⁷ Cfr. VERZA, Annalisa, *op.cit.*, p.160 ss.

⁵⁹⁸ C. Giuli, *La Convenzione di Lanzarote e le nuove norme a tutela dei minori*, in 3, *Rivista penale*, 2014, 245

⁵⁹⁹ Fino ad ora, per il nostro ordinamento, il minore veniva sufficientemente tutelato con l'audizione protetta (vedi sopra) o almeno con la presenza di un assistente sociale ed ancora, quando possibile, con la presenza dei genitori (es; udienza di convalida dell'arresto) ma mai ci si era spinti fino al punto da richiedere, per un corretto ascolto del minore, sin dalle primissime fasi delle indagini, la presenza di uno psicologo o di un psichiatra infantile. [...] La Convenzione di Lanzarote e la legge di ratifica sono chiare; l'ausilio dello psicologo o psichiatra è previsto anche per il primissimo ascolto del minore nella fase delle indagini o, addirittura, quando le indagini sono destinate ad iniziare dopo le dichiarazioni del minore. CICCARELLI, Nicola. *La tutela internazionale del minore vittima di abusi e di reati alla luce della Convenzione di Lanzarote*. Diritto e Giustizia Minorile. Anno II, n. 2e3-2013. p 113..

como o resultado de uma “*navigazione a vista*” del legislatore”, che avrebbe proceduto per intuizioni, strappi e sollecitazioni da parte delle Corti internazionali, anziché in ragione di una rimeditazione organica della delicatissima matéria.⁶⁰⁰

Em termos mais gerais, a sensação que o estudioso sente ao abordar as novas normas do código penal italiano, bem como as alterações introduzidas na última década sobre os crimes sexuais com menores é a de uma falta de visão geral: talvez da tentativa de sempre substituir-se para fazer frente às emergências determinadas por fatores contingentes (o uso cada vez maior da Internet, para a comissão deste tipo de crimes) ou pela necessidade de fazer uma adaptação da legislação nacional aquelas internacionais (como vimos para a Convenção de Lanzarote e como provavelmente será para a Convenção de Istambul⁶⁰¹).

E, à luz das radicais inovações introduzidas, sobretudo pela Lei n.66 de 15 de fevereiro de 1996 e da Lei n. 172 de 2012 que seria talvez necessário repensar, se não todo o sistema penal, pelo menos, uma reorganização dos crimes relativos à esfera sexual do menor, os quais ao menos formalmente estão agora divididos entre o Título V do Livro II, que se refere aos crimes contra a ordem pública (art. 415 *bis* “*Istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia*”) e o título XII do mesmo livro, sob os quais vêm regulados os crimes contra a pessoa (todos os outros crimes da esfera sexual de menores): embora, de fato, ao longo dos anos doutrina e jurisprudência têm gradualmente dado à luz uma noção mais ampla do bem jurídico “ordem pública”⁶⁰², permanece inegável que o contexto natural de todos os crimes que ofendem a esfera sexual do sujeito em formação, seja aquele que coloca no centro da tutela os interesses da pessoa.

5.3. Posituação dos crimes sexuais contra menores

Depois de fazer uma breve digressão sobre a evolução história dos direitos sexuais dos menores no contexto do direito penal italiano, agora serão analisados ainda que

⁶⁰⁰FORZA Antonio, L’ascolto del minore dopo la Convenzione di Lanzarote, 2, Archivio della nuova procedura penale, Vol. 24, fas.2. p.143-148. 2013.p.244. Tradução livre: “navegação à vista” do legislador que teria procedido por intuição, puxões e solicitações por parte das Cortes internacionais, e não em razão de uma reformulação orgânica da delicadíssima matéria.

⁶⁰¹ A referência é a Convenção do Conselho da Europa relativa à prevenção e a luta contra a violência contra as mulheres e violência doméstica assinada em Istambul, em 2011 e ratificada pela Itália em 2013.

⁶⁰² Sobre o tema: ANETTA, Massimiliano; FARINI, Sara; VENTURA, Valentina et. al. , *I delitti contro la libertà sessuale: aggiornato al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39*, Torino: G Giappichelli, 2014. p 439 ss.

suscintamente, os diferentes artigos que normatizam tais crimes, com especial atenção dedicada ao art. 609-*quater* que sanciona o “*atti sessuali con minorenni*”⁶⁰³.

Se seguirá uma ordem sistemática com a prévia análise do artigo 414 *bis* sobre “*istigazione a pratiche di pedofilia e pedopornografia*”⁶⁰⁴, situado, como visto, no âmbito do Título V do segundo livro, para depois prosseguir com a análise dos artigos agora localizados no Título XII do mesmo livro.

Istigazione a pratiche di pedofilia e pedopornografia

Articolo 414 bis – Istigazione a pratiche di pedofilia e pedopornografia:

“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con qualsiasi mezzo e con qualsiasi forma di espressione, pubblicamente istiga a commettere, in danno di minorenni, uno o più delitti previsti dagli articoli 600-bis, 600-ter e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater e 609-quinquies è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni. Alla stessa pena soggiace anche chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più delitti previsti dal primo comma. Non possono essere invocate, a propria scusa, ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume”.⁶⁰⁵

O referido artigo foi introduzido, como mencionado anteriormente, através da lei de ratificação da Convenção de Lanzarote de 2012, art. 414bis código penal, sancionando a instigação a práticas de pedofilia e pornografia infantil, com pena mínima de um ano e seis meses e máximo de cinco anos de prisão.⁶⁰⁶

⁶⁰³ Atos sexuais com menor

⁶⁰⁴ Instigação a práticas de pedofilia e pornografia infantil

⁶⁰⁵ Tradução livre: Salvo se o fato constitua crime mais grave, qualquer um, por qualquer meio e de qualquer forma de expressão, publicamente instiga a cometer, em detrimento de menores, um ou mais crimes previstos nos artigos 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, mesmo se relativo a material pornográfico dos quais artigos 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*quinquies* é punido com pena de reclusão de um ano e seis meses a cinco anos. A mesma pena sujeita-se também a quem publicamente faz apologia de um ou mais delitos previstos no parágrafo primeiro. Não podem ser invocados, na sua própria escusa, razões ou finalidade de caráter artístico, literário, histórico ou de costume.

⁶⁰⁶ Sobre o âmbito deste novo crime introduzido no ordenamento italiano Ver C. Giuli, *La Convenzione di Lanzarote e le nuove norme a tutela dei minori*, cit., 239-242.

O bem jurídico tutelado, criticado em diversas frentes⁶⁰⁷ permanece o relativo à proteção da ordem pública.

Com a introdução desta norma, o legislador de fato implementa o artigo. 2 da referida Convenção, o qual continha a indicação precisa de criminalizar qualquer conduta de instigação ou apologia de crime relativamente a integridade sexual de menores.

O artigo. 8 inciso.2 da Convenção de Lanzarote continha uma forte indicação no sentido de criminalizar todas as condutas de instigação ou apologia de crimes relacionados com a integridade sexual de menores⁶⁰⁸.

No entanto, a nova norma não produz efeitos extensivos relevantes à área penal, desde o momento em que as condutas tipificadas permanecem aquelas relacionadas com o delito de instigação à prática de um crime, art. art. 414 c.p, em relação dos quais, o artigo 414 *bis*, se coloca em relação de especialidade por especificação.⁶⁰⁹

Quanto à sanção, manteve-se a pena máxima prevista na norma geral (art. 414), ou seja, 5 anos, mas a pena mínima foi elevada em mais seis meses (a norma geral prevê como sanção mínima um ano), sendo de um ano e seis meses.

O parágrafo terceiro do novo artigo, ainda prevê que não podem ser invocadas como excludentes do crime “finalidade do tipo artística, literária, histórica ou costume”, desejando deste modo, impedir que a liberdade de expressão nestas áreas possa servir de *escamotage*, manobra para a implementação de crimes desta natureza. Todavia, apesar de ser clara a intenção férrea do legislador de limitar ao máximo qualquer expressão que possa servir de instrumento de propaganda para tais aberrantes crimes, resta difícil imaginar um concreto campo de aplicação de tais normas, destinadas provavelmente a permanecer letra morta frente à diversidade de atuação e a amplamente protegida liberdade de expressão.

⁶⁰⁷ Sobre todos MARI, A., *Le principali novità introdotte dalla legge attuativa della Convenzione di Lanzarote*, in 12, *Cassazione Penale*, 2012, 3960; sobre os diferentes significados de ordem pública Ver. *inter alias*, BORRELLI, G. *Art. 414. Istigazione a delinquere*, in LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto. *Codice Penale, Vol. IX Libro II*, Milano, 2010, 12 e ss.

⁶⁰⁸ Convenção de Lanzarote, Art. 8 parágrafo. 2, tem a seguinte redação: Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para prevenir ou proibir a difusão de materiais que publicitem infracções penais previstas na presente Convenção.

⁶⁰⁹ Cfr. VALLINI, Antonio *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella 'famiglia'*, in 2, *Diritto penale e processo*, 2013, P 166. Trata-se de uma das classificações do princípio da especialidade no conflito aparente de normas. Uma relação de gênero e espécie entre um ou mais elementos constitutivos das diferentes infracções. Se uma norma contém todos os outros elementos constitutivos mais um adicional tem-se a *specialità per aggiunta*; ou um especializante (*specialità per specificazione*). Em relação ao fato, a especialidade deve ser interpretada de tipo unilateral ou bilateral.

Portanto, não se deve afastar-se muito da realidade do pensamento daqueles que de imediato se desestabilizaram ao definir o novo artigo 414 bis como “la montagna che ha prodotto il topolino.”⁶¹⁰

Adescamento di minorenni (Aliciamento de Menores)

Articolo 609 undecies: “*Chiunque, allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies, adesci un minore di anni sedici, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni. Per adescamento si intende qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione*”.⁶¹¹

O outro artigo introduzido com a lei de ratificação de 2012, é o relacionado ao aliciamento de menores (grooming)⁶¹² Esse crime pune com prisão de um a três anos qualquer pessoa com o objetivo de cometer uma infração relativa à integridade sexual dos menores, prevê qualquer ato voltado a obter a confiança do sujeito menor de idade através de artifícios, lisonjas ou ameaças, também realizado através da Internet.

A normativa interna, no entanto, não segue inteiramente as características da Convenção, dando maior importância a uma série de condutas não contempladas pela Convenção de Lanzarote: esta, de fato, requer, para efeito de concretização do crime, a presença de uma proposta de encontro, à qual devem seguir atos idôneos para realizar o crime, a norma interna italiana antecipa o momento da consumação do crime que se concretiza já no momento do aliciamento, ou de qualquer ato voltado a obter a confiança, através de artifícios, lisonjas, bajulações ou ameaças. Ou seja, o legislador pune o ato preparatório basta existir a

⁶¹⁰ Idem. Tradução: a montanha que produziu o rato.

⁶¹¹ Tradução livre: Qualquer um, com o propósito de cometer as infrações referidas nos artigos 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, ainda que relacionados com o material pornográfico referido no artigo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies, atrai um menor de dezesseis anos, é punido, se o fato não constitui crime mais grave, com reclusão de um a três anos. Por aliciamento se entende qualquer ato voltado a obter a confiança do menor através de artifícios, lisonjas ou ameaças postos em prática também através do uso da Internet ou de outras redes ou meios de comunicação.

⁶¹² Para um estudo detalhado sobre a norma que disciplina o crime de aliciamento de menores ver: PIERGALLINI, C.; VIGANÒ, F.; VIZZARDI, M.; VERRI, A., *Delitti contro la persona - X, Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, in MARINUCCI; DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2015.

proposta de encontro que já crime.

O artigo 609 –*undecies*, portanto, não requer que a vítima tenha dado confiança ao autor do crime, sendo suficiente a sua intenção para agir nesse sentido, mesmo sem realmente praticar o crime, portanto, caso um sujeito pode ser considerado penalmente responsável, quando contatar um menor tendo como objetivo obter a sua confiança a fim de pôr em prática um crime sexual.

A este respeito, não foram poupadas críticas na doutrina no mérito à possível violação do princípio da ofensividade, a partir do momento que o momento consumativo é antecipado, segundo a letra do artigo 609 *undecies*, em um momento anterior com relação àquele do crime propriamente dito⁶¹³.

Em relação ao bem jurídico tutelado pela norma a doutrina está dividida entre aqueles que consideram que "a liberdade de autodeterminação individual, subespécie da liberdade sexual e livre desenvolvimento da sua própria vontade,⁶¹⁴ e quem talvez, mais adequadamente fala de “liberdade e desenvolvimento psico-sexual equilibrado do menor⁶¹⁵

Articolo 609 quinquies – Corruzione di minorenni:

Chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farla assistere, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chiunque fa assistere una persona minore di anni quattordici al compimento di atti sessuali, ovvero mostra alla medesima materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali. La pena è aumentata: a) se il reato è commesso da più persone riunite; b) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolarne l'attività; c) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte,

⁶¹³ Em sentido particularmente crítico relativamente à violação do princípio da ofensividade cfr. A. Peccioli, *Un ulteriore intervento a tutela dei minori (I parte)*, in 2, *Diritto penale e processo*, 2013, 147 ss.

⁶¹⁴ Ver, inter alias, M. Stramaglia, *Ratifica ed esecuzione della convenzione di Lanzarote. Parte II: istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-bis c.p.) e adescamento di minorenni (art. 609-undecies)* in 6, *Giurisprudenza di merito*, 2012, 989 ss.

⁶¹⁵ Ver, inter alias, S. De Bonis, *Adescamento di minorenni (art. 609-undecies c.p.)*, in CADOPPI, A. VENEZIANI, P. (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale. vol. II. I reati contro la persona. Tomo I*, Padova, 2014, 98.

*un pregiudizio grave. La pena è aumentata fino alla metà quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di stabile convivenza».*⁶¹⁶

O artigo mencionado, que visa proteger o desenvolvimento saudável e harmonioso da personalidade e da sexualidade dos menores⁶¹⁷, prevê duas espécies, mais especificamente: 1) aquela que consiste na prática de atos sexuais na presença de menor de 14 anos para fazê-la assistir; 2) aquela que consiste em fazer uma pessoa menor de 14 anos assistir a prática de atos sexuais ou em mostrar material pornográfico para induzi-la a praticar ou ser submetida a atos sexuais, ressalvando que o fato não constitui crime mais grave.

No primeiro caso qualquer pessoa pode ser punível (até o sujeito menor, obviamente, se for imputável) se praticar atos sexuais em si mesmo, em outra pessoa ou com outra pessoa, na presença de um menor de 14 anos, o qual permanece vítima e espectador passivo. Todavia, evidenciamos em doutrina que para fins de configuração de tal caso criminal não é suficiente a mera e insciente presença física, sendo necessária, mesmo se mínima, perceptibilidadepsíquica, para poder trazer um prejuízo no processo de amadurecimento sexual do menor⁶¹⁸.

No segundo caso, diferentemente, são relevadas outras duas formas de conduta punível: a primeira é aquela de quem faz um menor de 14 anosassistir a prática de atos sexuais como espectador; a segunda, aquela de quem *mostraa* mesmo material pornográfico. No primeiro caso, não é necessário que o sujeito corruptoresteja presente, mas é suficiente

⁶¹⁶*Quem praticar atos sexuais na presença de pessoa menor de catorze anos, para fazê-la assistir, é punido com a reclusão de um a cinco anos. Ressalvamos que o fato constitui crime mais grave, a mesma pena mencionada no primeiro inciso aplica-se a quem faz assistir uma pessoa menor de catorze anos a realização de atos sexuais, ou mostra à mesma material pornográfico para induzi-la a praticar ou ser submetida a atos sexuais. A pena aumenta: a) se o crime for cometido por mais pessoas reunidas; b) se o crime for cometido por pessoa que faz parte de uma quadrilha e para facilitar a atividade; c) se o crime for cometido com violência grave ou se provoca ao menor, por causa da reiteração das condutas, um prejuízo grave. A pena aumentou até a metade quando o culpado for um ascendente, um dos pais, mesmo adotivo, ou um convivente, tutor, ou outra pessoa, por motivos de cuidados, educação, instrução de vigilância ou custódia, se tiver a sua guarda, ou se tiver, com este último, uma relação de convivência estável».*

⁶¹⁷Assim se expressa G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 2, cit., p. 262; mais radical o parecer de F. Mantovani, *Diritto Penale (parte speciale I) – Delitti contro la persona*, cit.,433 que fala de intangibilidade sexual do menor, mesmo se somente “psíquica” e não, também, física.

⁶¹⁸ Cfr. F. Mantovani, *Diritto Penale (parte speciale I) – Delitti contro la persona*, cit.,433; com o mesmo parecer L. Picotti, *Commento all’art. 6, in A. Cadoppi (a cura di), Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2002, 177.

que ele exerça um papel de intermediário; no segundo caso, o crime é o ato de mostrar que deve ter como finalidade intrínseca a de induzir o menor a atividades sexuais, não sendo suficiente a mera exposição do próprio material⁶¹⁹.

5.4. O crime de “Atos sexuais com menor” (art. 609 quater) e suas implicações teóricas

O crime de "atos sexuais com um menor" art. 609 quater⁶²⁰, constitui, sem dúvidas o arquitrave central de interpretação da Lei 66 de 1996 que pretendeu introduzir no ordenamento italiano uma figura autônoma de crime que puniria aqueles que põem em prática qualquer tipo de atos sexuais contra sujeitos menores de idade.

Com a nova lei, surgiram controvérsias sobre a definição da expressão atos sexuais. Na doutrina houve amplo debate sobre o sentido subjetivo ou objetivo do ato⁶²¹. Atualmente prevalece o sentido objetivo do ato sexual, isto é, considerado segundo as indicações da ciência médica e da psicologia, e não da ciência antropológica-sociológica.

Para Antolisei a expressão é ampla; “*inteso come ogni manifestazione dell’istinto sessuale espressa in tutte le forme in cui può estrinsecarsi la libidine*”⁶²².

Conforme Mantovani atos sexuais consiste em:

⁶¹⁹ Para aprofundar este segundo tipo de caso, é preciosa a contribuição de A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella famiglia*, em *Diritto penale e processo*, 2013, 1578.

⁶²⁰ Art. 609 quater c.p.: I “*Está sujeito à pena estabelecida pelo artigo 609-bis quem, fora dos casos previstos em tal artigo, praticar atos sexuais com pessoa que, durante o ato:*

1) *não tiver completado catorze anos;*

2) *não tiver completado dezesseis anos, quando o culpado for um ascendente, um genitor, mesmo adotivo, ou um seu convivente, o tutor ou outra pessoa que, por motivo de cuidados, de educação, de instrução, de vigilância ou de custódia, tiver a guarda do menor ou que tiver, com este último, uma relação de convivência.*

II- *Fora dos casos previstos pelo artigo 609-bis, um ascendente, um genitor, mesmo adotivo, ou um seu convivente, o tutor ou outra pessoa que, por motivo de cuidados, de educação, de instrução, de vigilância ou de custódia, tiver a guarda do menor ou que tiver, com este último, uma relação de convivência que, com o abuso dos poderes relacionados à sua posição, pratica atos sexuais com pessoa menor que completou dezesseis anos, é punido com a reclusão de três a seis anos.*

III- *Não é punível o menor que, fora dos casos previstos no artigo 609-bis, praticar atos sexuais com um menor que tiver completado treze anos, se a diferença de idade entre os sujeitos não for superior a três anos.*

IV- *Nos casos de menor gravidade, a pena é diminuída na medida máxima de dois terços.*

V- *Aplica-se a pena indicada no artigo 609-ter, segundo inciso, se a pessoa ofendida não tiver completado dez anos».*

⁶²¹ Ver ROMANO, *op. cit.* p. 103-106, que discorre sobre as quatro correntes doutrinárias.

⁶²² ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale I*. 14 ed. A cura di CONTI, Luigi. Milano: Giuffrè Editore, 2002. p.177.

atti obiettivamente e, quindi, univocamente sessuali sono tutti e soltanto gli atti di *contatto fisico*, al nudo o meno, con le *zone* – considerate dalla scienza, costume e comune modo di sentire e, quindi, nella normalità dei casi – *erogene* dell'altrui o del proprio corpo (genitali, pubiche, anali, orali, mammellari). E, pertanto, consistenti: a) nel coito (totale o parziale, con o senza soddisfazione dell'istinto libidinoso e eiaculazione): vaginale (o anche solo vulvare o vestibolare), anale, orale, tribalistico, *inter femora* o *inter sina*; b) nell'autoerotismo imposto alla vittima; c) nei tocamenti, accarezzamenti, sfregamenti e baciamenti in tali zone.⁶²³

Há uma controvérsia doutrinária⁶²⁴ se há ou não lacuna na lei quando o menor praticar o ato sexual em si mesmo, no agente ou num terceiro. Mantovani afirma que a lamentável lacuna pode ser superada através de uma ampla interpretação da locução legislativa “*compimento di atti sessuali con*” no sentido, que com significa em companhia de um menor. “Ossia di intrattenimento di un qualche rapporto sessuale con costui, che può consistere in una prestazione sessuale, bilaterale o unilaterale. Ma anche in una mera autoprestazione, come pure nel caso di induzione del minore ad atti sessuali su se stesso.”⁶²⁵

A jurisprudência é no sentido que a indução ao autoerotismo configura o crime de atti sessuali con minorene.⁶²⁶

Portanto, com relação a noção de ato sexual, a mesma se consubstancia em condutas que consistem na prática de atos sexuais com pessoas menores de idade e/ou induzir o menor a realizar tais atos em si mesmo ou em outra pessoa⁶²⁷.

Com esta novidade normativa, foram colocadas no mesmo plano as condutas nas quais as relações com menores de 14 anos ocorrem com violência, ameaça ou abuso de autoridade, e aquelas condutas nas quais, em vez, está presente o consentimento do sujeito menor.

De fato, precisamente porque a imaturidade psico-físico que os distingue, o legislador italiano decidiu remover qualquer tipo de eficácia do consentimento, mesmo validamente expresso, por parte dos menores de quatorze anos.⁶²⁸

⁶²³ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 380- 381.

⁶²⁴ Fiandaca e Musco apontam a referida lacuna: “La nozione di atti sessuali è idêntica a quella delineata dall’art. 609 bis, anche se é da evidenziare la peculiarità relativa ao mancato riferimento legislativo a condotte consistenti non soltanto nel compiere atti sessuali su un minore, ma anche nell’indurre il minore a compiere su se stesso o su altra persona gli atti sessuali medesimi. (*op. cit.*, p. 259). Tradução livre: A noção de atos sexuais é idêntica a descrita pela art. 609 bis, embora seja de destacar a peculiaridade relativa à falta de referência legislativa as condutas consistente não só na prática de atos sexuais em (sobre) um menor, mas também em induzir o menor a executar sobre si mesmo ou sobre outra pessoa os mesmos atos sexuais.

⁶²⁵ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 424.

⁶²⁶ Cassazione Penale, sez. III, n. 39904, 26 settembre 2014.

⁶²⁷ Cfr. V. Veneziani, *Commento all’art. 5 l. 269/98*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 1999, 139.

A primeira questão relevante e interessante do delito em questão é certamente aquela referente ao bem jurídico tutelado. A este respeito, é necessário fazer uma distinção entre atos sexuais praticados com um menor de 14 anos e aqueles praticados com pessoa maior de 14 anos e menor de 16 anos: no primeiro caso, afigura-se mais partilhada e adequada a tese que vê como objeto de tutela a intangibilidade sexual.⁶²⁹; com relação aos maiores de 14 anos e menores de 16 anos, parece, ao contrário, mais adequada a tese da tutela da liberdade sexual⁶³⁰.

Esta diferenciação, por um lado, deve-se ao fato de que se pode presumir que os menores que já completaram quatorze anos são capazes de prestar pleno consentimento para a realização de um ato sexual e que, portanto, somente pode configurar crime quando o menor não tenha prestado tal consentimento ao ato; e permite responder a exigência de tutelar melhor o desenvolvimento saudável e normal da sexualidade de pessoas ainda não maduras, segundo a lei italiana⁶³¹.

Além disso, o tratamento reservado àqueles que violam a intangibilidade sexual dos menores de quatorze anos estende-se àqueles que realizam os mesmos atos com pessoas menores de dezesseis anos, com os quais existe uma estreita ligação parental ou de responsabilidade.⁶³²

Em contrapartida, é prevista a impunidade para os sujeitos menores que tenham praticado atos sexuais com outros menores de 13 anos completos, contanto que consensuais, quando a diferença de idade não é superior a três anos. Ou seja, entre um menor de 13 anos completos e um menor de até 16 anos.

⁶²⁸Por conseguinte, a conduta consiste na mera prática de atos sexuais dada a irrelevância do consentimento. Ver Cass. 15/06/2010 in *Cassazione penale*, 2011, 2617.

⁶²⁹ Ver sobre todos A. Mantovani, *I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale*, Padova, 2013, 426.

Embora, alguns doutrinadores comecem a falar de liberdade sexual mesmo em relação aos menores de quatorze anos. Nesse sentido, A. Pecoraro-Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997; L. Pavoncello Sabatini, *Violenza carnale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1997; G.Mazzi, in T. Padovani (a cura di T. Padovani), Milano, 2000.

⁶³⁰Com relação a esta segunda tipologia de menores, alguns doutrinadores falam em intangibilidade relativa. Ver E. Venafro, *Legge 15 febbraio 1996 n.66. Norme contro la violenza sessuale*, in *Legislazione penale*, Torino, 1996, pp. 448.

⁶³¹ Conforme. T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole e una fictio absurda*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984, 429.

⁶³²O artigo 609 quater co.1 lett.2. fala de ascendente, genitor (mesmo adotivo) ou de seu convivente, o tutor, ou outra pessoa que, por motivos de cuidados, de educação, de instrução, de vigilância ou de custódia, o menor é confiado o que tenha, com este último, uma relação de convivência.

Abaixo do limite de treze anos, em vez disso, o legislador estabelece uma indisponibilidade sexual absoluta, que impede tais sujeitos de realizar, praticar qualquer ato sexual, seja com sujeitos adultos ou com menores⁶³³.

Se a imposição de tais faixas etárias responde seguramente à exigência de segurança jurídica, não parece insignificante o fato de que mesmo uma leve superação de tais faixas teria como consequência a sanção penal independentemente de qualquer apreciação judicial, voltada a verificar em concreto o grau de maturidade psicológica e física dos menores envolvidos.

Por fim, passa-se a examinar os últimos dois incisos do art. 609 *quater*, ou seja, respectivamente, as circunstâncias atenuantes (terceiro inciso)⁶³⁴ e a circunstância agravante (quarto inciso)⁶³⁵.

Com relação às atenuantes (leia-se no Brasil causas de diminuição de pena) que se referem aos “casos de menor gravidade” não é imediato entender a quais casos criminais o legislador se refere: no silêncio da norma, todavia, parte da doutrina considerou que tal atenuante poderia recorrer quando a relação sexual for praticada entre um adulto e uma menor de catorze anos como “expressão de uma espontânea e recíproca relação amorosa seriamente comprovada⁶³⁶”.

Com relação à circunstância agravante, diferentemente, a letra do quarto inciso prevê que, como para o art. 609 bis, o sujeito que violar a integridade sexual de um menor de dezesseis anos seja punido com a reclusão de sete a catorze anos.

Último aspecto, mas não menos importante é aquele referente ao art. 609 *sexies* que prevê que não possa invocar a própria justificacãoa ignorância da idade da pessoa ofendida, quem praticar, contra um menor, um dos crimes previstos pelos artigos 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *octies* e 609 *undecies*, 609 *quinquies*; a norma ressalva, todavia, o caso de “ignorância inevitável”.

⁶³³ G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 2, cit., p. 258. Com a reforma é colocada uma clara diferenciação entre os delitos sexuais *sobre* menores e aqueles *entre* menores. Antes da reforma tendia-se, invés, a penalizar qualquer tipo de comportamento sexual mesmo entre menores. Sobre esse ponto ver P. Spagnolo, *La problematica dei rapporti sessuali con i minori e tra i minori*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, 72.

⁶³⁴ Art. 609 *quater* co.3: Nos casos de menor gravidade a pena é diminuída no máximo a dois terços.

⁶³⁵ Art. 609 *quater* co. 4: Aplica-se a pena prevista 609-*ter*, segundo inciso, se a pessoa ofendida não tiver completado dez anos.

⁶³⁶ P. Di Fresco, *L'amore come attenuante: una decisione coraggiosa in tema di atti sessuali con minorenni*, in 5, *Diritto penale e processo* 2009, 5, 596 (nota da sentença do Tribunal de Vicenza, 16 de Outubro de 2007); em geral sobre a atenuante da menor gravidade C. Foladore, *L'ipotesi di "minore gravità" nella violenza sessuale*, 1, *Diritto penale e processo* 2001, 71 ss.

A este respeito, a Corte Constitucional, apesar de seu pronunciamento ter produzido algumas críticas em doutrina⁶³⁷, através de uma sentença de interpretação, reconheceu a relevância que desculpa o erro *inevitável* sobre a idade da vítima do crime, devido a circunstâncias particulares⁶³⁸.

A “Consulta” italiana evidenciou como “o juízo da inevitabilidade” concerne quem está prestes a praticar atos sexuais com um sujeito que parece ser mais jovem, um “compromisso” cognitivo proporcional à pregnância dos valores em jogo, que não pode basear-se somente nas declarações do menor. Caso haja dúvida sobre a idade do menor, a Corte afirma que o agente deve necessariamente abster-se da relação sexual *“já que operar em situação de dúvida sobre um elemento que constitui o ilícito – longe de integrar uma hipótese inevitável – equivale a uma atitude psicológica de culpa, ou de eventual dolo”*⁶³⁹.

Completado o quadro teórico relativo ao artigo 609 quater, fica claro como pelo menos do ponto de vista teórico, que o panorama dos crimes sexuais contra os menores ainda está muito fragmentado na Itália: embora, na realidade, as reformas dos últimos vinte anos, principalmente a lei 66 de 1996 e a lei 172 de 2012, tenham contribuído notavelmente para adequar tal matéria aos padrões necessários a nível supranacional e internacional, todavia, é evidente a falta de uma visão global e de organicidade de sistema.

Provavelmente tal problema poderia ser resolvido com a introdução de uma reforma unitária em matéria, talvez em decorrência de quanto ocorrido recentemente em outros sistemas jurídicos europeus⁶⁴⁰.

⁶³⁷ Expressam diversas criticidades da sentença, entre outros, R. Bricchetti, *Stupro: sull'ignoranza dell'età della vittima censura costituzionale «fuori bersaglio» - Il principio di colpevolezza è a rischio se si nega rilievo all'errore inevitabile*, in 38, *Guida al diritto*, 2007, 71; L. Risciato, *L'errore sull'età tra errorfacti ed erroruris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in 11, *Diritto penale e processo*, 2007, 1461

⁶³⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 322 del 2007. Para um comentário da sentença em questão v., entre outros, G. Ariolli, *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contra la libertà sessuale: un necessario contemperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli*, in 1, *Cassazione penale*, 2008, 30; L. Delli Priscoli-Fiorentin, *L'ignoranza dell'età del minore nei reati sessuali e le «nuove» sentenze interpretative*, 1, *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 472.

⁶³⁹ Corte cost. 322/2007 cit.

⁶⁴⁰ A referência mais recente é aquela relativa à reforma dos crimes sexuais na Alemanha de 10 de dezembro de 2016. Sobre o ponto v. F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 Novembro 2016; para um quadro de comparação europeu completo em matéria como ideia para uma reforma orgânica na Itália, sempre F. Macrì, *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze, 2010.

5.5 O crime de “Atos sexuais com menor” (art. 609 quater) segundo a jurisprudência de legitimidade

Após ter analisado os crimes sexuais contra menores, do ponto de vista histórico e normativo, passa-se, agora à análise dos casos mais importantes jurisprudenciais em matéria

Mais especificamente, a atenção será focada no crime que mais interessou aos juízes italianos, ou seja, aquele relativo aos “atos sexuais com menor ex art. 609 *quater*, selecionando alguns recentes e emblemáticos pronunciamentos do Supremo Tribunal de Recursos italiano.

Como ordem sistemática não será seguido um critério cronológico, mas de argumentos, indo verificar como a jurisprudência da Corte de legitimidade cobriu de significado os diversos aspectos das normas condutíveis ao crime de quo.

5.5.1 A irrelevância do consentimento e o tema da intangibilidade sexual segundo a Cassação

Como se teve a possibilidade de ver anteriormente, diferentemente do art. 609 quater n°2 c.p. que prevê a possibilidade ao sujeito maior de 14 anos de ter relações sexuais lícitas e consensuais, onde o bem jurídico tutelado é aquele da liberdade sexual, no art. 609 quater n°1 c.p., o bem tutelado é o da intangibilidade sexual do menor de 14 anos, em vista da total irrelevância do consentimento da vítima.

O Tribunal teve, também, a possibilidade de repetir o conceito com uma pronúncia de 2015, levando a percorrer novamente os elementos essenciais do crime: em tal circunstancia, os “arminhos”⁶⁴¹ especificaram que a custódia do menor ao agente substancializa-se em uma relação biunívoca entre quem dá e quem recebe a confiança⁶⁴².

No caso em tela, tal relação havia sido instaurada entre uma mãe e um colega de trabalho (professores de escola) ao qual a primeira havia confiado a filha para uma série de aulas particulares escolares em casa.

Portanto, a custódia em questão é entre quem deu em custódia e o custodiante, e não aquele que se se provoca no menor com relação ao adulto; se por ventura, este último pode ser

⁶⁴¹ Termo utilizado para chamar os juízes do Supremo Tribunal de Recursos (Corte di cassazione) italiano, por causa de suas roupas constituídas de toga vermelha com borda de arminho.

⁶⁴²A referencia está na sentença da Corte di Cassazione, sez. III penale - 8 junho 2015, n.24342. Para um comentário na Sentença v. F.Radesco, *A custódia consiste na relação de confiança entre a pessoa que dá em custódia e o custodiante: o consentimento da vítima não é relevante*, in 23, *Diritto & Giustizia*, 2015, 33.

uma consequência do fato que o adulto de referência tenha posto a sua confiança em outra pessoa, ao ponto de dá-lo em custódia à mesma.

A este propósito, diz o tribunal, não está evidenciado o consentimento da pessoa ofendida, a partir do momento que a punibilidade ex art. 609 - quater c.p. n.1, além de, independente de qualquer tipo de consentimento da vítima, não conferir nenhuma relevância à concreta lesão da liberdade sexual da vítima, ou ao seu sucessivo desenvolvimento psicofísico, mas de conectar-se somente ao mero dado de registro do menor⁶⁴³.

O caso em tela é especialmente interessante a partir do momento em que a menor acabou de completar catorze anos, e está absolutamente consenciente à relação sexual com o sujeito maior. Portanto, o nó central da questão é representado pela existência de uma “relação qualificada”, entre o imputado e a menor, considerando que a punibilidade – nos termos do inciso 1, n. 2 – ocorre somente se o sujeito ativo for uma pessoa ligada ao menor por um determinado tipo de “custódia” da menor ao imputado (como neste caso), “por motivos de cuidados, educação e instrução”⁶⁴⁴

Para entender melhor a noção de “custódia” utilizada no caso em tela, os juízes “enquadram” tal noção na norma na qual a mesma está inserida, evidenciando que tal custódia (bem como, as outras “relações qualificadas” descritas no art. 609 quater, inciso 1, n. 2) determinam hipóteses de “violência sexual presumida”, no sentido que, embora o menor entre 14 e 16 anos seja consenciente, tal consentimento é considerado viciado pela existência de relações particulares com o culpado.

Está, agora, mais claro, como nem a “iniciativa” da menor (subsistente neste caso) tenha constituído um fator de exclusão da responsabilidade do adulto: o legislador, na realidade, punindo os atos sexuais com menor de dezesseis anos – nos casos de sujeitos “qualificados”- predispôs uma tutela “avançada” também para o menor “emancipado” e aparentemente “consenciente”; isto tem fundamento no convencimento implícito dos juízes sobre o fato que a maturidade global do menor de 18 anos ainda não lhe permite expressar um consentimento válido, bem como lembrado pelas últimas normativas internacionais em matéria⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Ver, *inter alias*, Corte Cass. sez. III, 14.12.11, n. 12464.

⁶⁴⁴ Como diz o Art. 609 *quater* co 1, n.2

⁶⁴⁵ Na realidade, com a introdução da L. 172/12 que deu execução ao art. 22 da “Convenção de Lanzarote o ordenamento italiano insere-se a pleno título no esquema europeu que quer o menor de dezoito anos seja considerado como uma “criança”.

5.5.2 As circunstâncias agravantes

Após ter examinado a problemática da irrelevância do consentimento do menor de 14 anos, passa-se, agora, à análise de outra deliberação da Corte de Cassação em mérito às circunstâncias agravantes do art. 609 quater.

Com uma sentença recente⁶⁴⁶, o Supremo Tribunal de Recursos, colocando-se em estreita continuidade com uma interpretação já existente na jurisprudência de legitimidade, esclarece que “o abuso de autoridade”, como modalidade extrínseca do delito de violência sexual, inclui qualquer forma de supremacia ou controle sobre o menor, vítima de crime, não sendo necessário que tal posição de autoridade seja reconhecida a nível formal. No caso em tela, um professor do primário era condenado em segundo grau por violência sexual agravada pela idade da vítima (inferior a 14 anos); todavia, o Tribunal de recursos excluiu o agravante de “abuso de autoridade” a partir do momento que o sujeito incriminado na época que os fatos ocorreram, não era mais professor da menor, requalificando o crime como “atos sexuais com menores” ex art. 609-quater e declarando a improcedência por falta de querela de parte, necessária para tal crime.

O procurador geral propôs recurso para Supremo Tribunal de Recursos por dois motivos: primeiramente, segundo a recorrente, excluir o abuso de autoridade do ex professor da menor significava, não reconhecer o efetivo estado de subordinação da menor, considerando que os primeiros atos sexuais ocorriam dentro da escola; em segundo lugar, mesmo considerando no caso em tela o crime de “atos sexuais com menor”, isto não implicaria a obrigatoriedade de querela da parte ofendida, a partir do momento que o art. 609-septies, 2º co., n. 2, c.p., prevê a procedência se o fato for cometido por pessoa a quem o menor é dado em custódia por “motivos de educação e instrução”.

O tribunal, portanto, na sua pronúncia dá continuidade a uma linha de interpretação que considera que o abuso de autoridade, nos termos do art. 609-bis c.p. possa subsistir também em um contexto “de direito privado”: na realidade, o requisito da ofensa tem como pressuposto a existência de qualquer relação de supremacia *de jure* ou *de facto* qual o sujeito, autor do crime, se serve para realizar sobre a vítima (ou fazer a vítima realizar) atos sexuais⁶⁴⁷.

A III Seção da tribunal de Legitimidade evidencia, também que há uma diferença substancial entre o “abuso de autoridade” ex art. 609-bis c.p. e o “abuso de poder” ex art. 609-

⁶⁴⁶ Sentenza Cassazione penale, sez. III, 08/03/2016, n. 33042

⁶⁴⁷ Neste sentido também Corte. Cass. Sez. III, 30-4-2014, n. 49990; Corte Cass. Sez. III, 27-3-2014, n. 36704; Corte Cass. Sez. III, 19-4-2012, n. 19419.

quater, 2º co., c.p., que se extrínseca na diferente modalidade de abuso de posição: com o abuso de autoridade, na realidade, é instrumentalizada a posição objetiva de qualquer natureza; vice-versa, com o abuso de poderes ocorre uma instrumentalização “subjetiva” dos mesmos, na qual destaca a percepção pessoal que as partes envolvidas tem dos próprios papéis.

Após ter esclarecido o que considera o conceito de abuso de autoridade, o Tribunal afirma que não é possível excluir a mesma pelo simples fato que o professor não era mais professor da menor, a partir do momento que os atos incriminados ocorriam dentro da estrutura da escola onde o professor ensinava e que era frequentada pela própria aluna.

Com relação ao segundo motivo do recurso, o procurador geral afirmava que mesmo querendo considerar subsistente o crime de “atos sexuais com menor” no lugar de “violência sexual” não seria necessária a querela da parte, considerando a existência do agravante da custódia ex art. 609-septies, IV co n. 2): os juízes do Tribunal, afirmando, dessa forma, que tal agravante é concretizada com a existência de qualquer relação de confiança, mesmo de natureza esporádica e ocasional entre a pessoa que deu em custódia e o custodiante⁶⁴⁸.

5.5.2.1 Ainda circunstancias agravantes: o caso dos “Atos sexuais com relação a menores de 10 anos”

Sempre em mérito às circunstancias agravantes, passa-se a analisar aquela prevista no último inciso do art. 609 *quater* e, mais especificamente, aquela relativa à irrelevância do consentimento da pessoa que não completou dez anos de idade: o sujeito que pratica um crime de caráter sexual com relação à esta categoria de menor é punido com a reclusão de sete a catorze anos.

Vale a pena evidenciar como tal agravante não constitui um tipo de crime autônomo, mas uma circunstancia agravante do crime contemplado pelo primeiro inciso do art. 609 *quater*, considerando que o último inciso do artigo mencionado chama, para a determinação da pena para os casos que a pessoa ofendida seja menor de dez anos, o II inciso do art. 609 *ter*: tal rubrica, referindo-se às circunstancias agravantes, demonstra como o legislador considera o elemento da idade como pressuposto para o agravamento da pena e não para a configuração de crime autônomo de crime⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Tal posição retoma quanto já afirmado pela própria Corte na sentença da Seç. III, 17-2-2015, n. 24342.

⁶⁴⁹ O esclarece a própria Corte di Cassazione na sentença da III sez. n. 10936 del 2001.

O ponto de partida para aprofundar o agravante de quo é fornecido por um outro pronunciamento do Supremo Tribunal de Recursos⁶⁵⁰.

No caso em tela, uma menor de dez anos, filha de pais separados, durante os períodos passados com o pai, costumava desenvolver jogos eróticos com o mesmo.

Segundo as constatações processuais, o pai havia aceitado durante anos, os comportamentos sexuais da menor, permanecendo passivo e limitando-se somente a repreensões verbais esporádicas.

Criou-se, portanto, entre pai e filha, uma relação caracterizada por uma valências sexual inequívoca, na qual o homem praticava com e sobre a filha atos muito diferentes de um carinho paterno normal. O imputado, que propunha recurso para o tribunal, remarcava a errônea aplicação do art. 609 quater c.p., que deveria requerer, para o seu aperfeiçoamento, que o sujeito que pratica atos sexuais, tenha uma conduta “ativa” com o menor; no caso em tela, o pai da menor limitou-se simplesmente a não recusar as abordagens da filha. O caso apresenta conotações muito específicas visto que a estreitíssima relação que liga o agente e a vítima, e que os atos de natureza sexual eram praticados por iniciativa da menor, que, somente com o passar dos anos, teve consciência da gravidade do comportamento paterno e dos relativos atos, considerados, no início, como “passatempo lúdico e inócuo”.

Embora, no caso tratado, o tribunal permanece bem sólido ao considerar plenamente integrado o crime indicado no artigo 609 quater a partir do momento que, embora os atos sexuais (beijos e toques com inequívoca valência erótica) tenham sido realizados sob iniciativa da menor, o pai, permanecendo inativo, de fato aceitava e não recusava as abordagens da menor⁶⁵¹.

Com a sentença mencionada, o Tribunal condena a conduta paterna considerando o fato que, além das últimas repreensões verbais, o pai havia, de fato, permitido, por diversos anos, o comportamento sexual da menor; conseqüentemente, a conduta do imputado, embora sob forma de condescendência, não pode ser qualificada omissiva mas deve ser considerada absolutamente participativa; o seu consentimento às iniciativas da filha deve ser considerado de fato, implícito na sua prolongada aceitação, embora a óbvia possibilidade de recusá-las”.

O Tribunal, a este propósito, recorda que *“l’art. 609 quater cod. pen. pune que pratica tais atos “com” um menor, independente se a participação tenha sido ativa ou por iniciativa da vítima”*, incluindo, portanto, também os atos que o menor praticar na pessoa agente. A intenção da norma, na realidade, é a de garantir a intangibilidade (e não a liberdade)

⁶⁵⁰Recurso Penal, Sez. III penal, Sentença 09 de março de 2012 n. 9349.

⁶⁵¹Cass. Pen., Sez. III penal, Sentença 9 de março de 2012 n. 9349.

sexual dos menores, a partir do momento que “*uma abordagem precoce a qualquer tipo de sexualidade pode ter consequências negativas sobre a personalidade e o desenvolvimento harmonioso.*”⁶⁵².

Recusamos, portanto, a tese prospectada pelo recorrente segundo a qual a mera passividade e a inércia do adulto estariam isentas da sanção em quanto não iria concretizar o elemento objetivo do crime.

5.5.3 A atenuante da “menor gravidade”

Concluimos, agora, o nosso breve escrutínio jurisprudencial analisando o atenuante da c.d. “menor gravidade” contida no art. 609 quater co. IV que prevê em determinados casos a redução da pena até dois terços.

Tal atenuante recorreria em caso de relação sexual espontânea, correspondido e verificado entre um adulto e um sujeito menor de idade: tal sentimento iria incidir sobre a intensidade do dolo e sobre a eventual lesão do bem jurídico tutelado, atenuando o dano originado pelo crime⁶⁵³.

Recentemente, o Tribunal de legitimidade pôde constatar que a configuração do atenuante e a sua quantificação devem ser avaliadas considerando o contexto dos fatos globalmente, sem que, para este fim, destaque exclusivamente a diferença de idade entre a vítima e o culpado: são, portanto, constatadas todas as características objetivas e subjetivas do fato que possam, em diversos graus, incidir sobre a menor nocividade do bem jurídico tutelado⁶⁵⁴.

Segundo os juízes, a avaliação do atenuante *de quoé* realizada considerando as modalidades com as quais a violência tiver sido realizada, as condições físicas, mentais e as condições psicológicas da vítima, e o grau de coartação exercido sobre a mesma.

Consequentemente, para fins de configuração do atenuante em questão, é obrigatório verificar concretamente a circunstância dos fatos, dando destaque não somente aos elementos objetivos deste caso, mas, também, aqueles subjetivos que incidem diretamente sobre a

⁶⁵²*Ibid*

⁶⁵³ Cfr. F. P. Di Fresco, *L'amore come attenuante: una decisione coraggiosa in tema di atti sessuali con minorenni*, in 5, *Diritto penale e processo*, 2009, Milano, 600 ss., comentário da sentença do Tribunal Criminal, Vicenza, 16/10/2007.

⁶⁵⁴ Corte di Cassazione, sez. III penal, - sentença 22 de julho de 2015, n.31927; a sentença confirma uma orientação que já emergiu em outros pronunciamentos, entre os quais, Corte Cassazione Sez. III, n. 23913 de 14.5.2014; Corte Cassazione Sez III, n. 45604 de 13.11.2007.

integridade psicofísica do menor.

Tal conceito é repetido em uma nova pronúnciação da mesma Corte na qual os juízes explicitaram, da mesma forma, como o atenuante em questão não é aplicável automaticamente nos casos de condutas praticadas mediante “comunicação telemática” as quais, somente pelo fato de serem realizadas na ausência de contato físico com a vítima, não determinam uma menor gravidade para a integridade da esfera psíquica do menor⁶⁵⁵.

A avaliação do contexto, na realidade, também neste caso, é fundamental para fins de avaliação do crime: embora, de fato, com relação a uma hipótese de violência sexual sobre menor (vale a pena lembrar que o atenuante de quo destaca seja para este crime, seja por aquele indicado no art. 609 quater) os “arminhos”, mesmo afirmando a importância do elemento da fisicidade da relação, evidenciando como o mesmo não seja, nem positiva, nem negativamente, indispensável para fins de reconhecimento da menor gravidade: na realidade, se a violência física não pode fazer excluir automaticamente a aplicabilidade do atenuante examinado, a falta de contato físico não pode determinar automaticamente o reconhecimento da hipótese de “menor gravidade”.

Entendemos, agora, porque a violência ou os atos sexuais com menor que ocorrem através de instrumentos informáticos e telemáticos não são necessariamente caracterizados por uma menor gravidade com relação àqueles reais.

5.5.4 . Considerações sobre a Jurisprudência italiana

A breve resenha jurisprudencial interna, a qual, como é óbvio, não tem nenhuma pretensão de exaustividade, teve a virtude de mostrar como nenhum aspecto da normativa contida no art. 609 *quater*, foi considerada adequada e esclarecida pelos juízes de legitimidade nos últimos anos.

E, na verdade, como pudemos constatar, o objetivo primário do crime examinado é o de salvaguardar o desenvolvimento psicofísico do menor, determinando a sua total intangibilidade sexual antes de catorze anos (ressalvando a hipótese de atos entre menores que tenham completado treze anos e não tenham uma diferença de idade maior de três anos⁶⁵⁶), e

⁶⁵⁵Tribunal Criminal, seq. III, 25 de março de 2015 n. 16616.

⁶⁵⁶Esta especial causa de não punibilidade de tipo subjetivo que legitima as relações afetivas entre pessoas da mesma idade é estabelecida pelo inciso III do art. 609 quater que estabelece que: “*Não é punível o menor que, fora dos casos previstos no artigo 609-bis, pratica atos sexuais com um menor que não completou treze anos, se a diferença de idade não for superior a três anos*”.

comprimindo notavelmente a sua liberdade sexual ao alcançar a maior idade.

O fato que o inciso IV do 609 *quater*, na realidade, fale dos casos de “menor gravidade” faz entender como a existência de um consentimento válido da parte do menor para a prática de atos sexuais determina um atenuante de um crime que é considerado consumado e não uma exclusão de culpa.

Todavia, se sobre os critérios hermenêuticos postos na base das decisões do tribunal, permanecem algumas dúvidas, o que ainda é difícil de verificar, e’, se os pronunciamentos da Corte di Cassazione italiana se atém ou não a quanto disposto pelas normativas existentes a nível europeu em matéria: como mencionado anteriormente, na realidade, a Itália é um país membro da União europeia e ao mesmo tempo parte do Conselho da Europa e deve, portanto, observar os vínculos derivados das obrigações estipuladas a nível europeu e supranacional.

E é agora que provavelmente chega um ponto dolente no quadro sistêmico dos crimes sexuais sobre menores na Itália: ainda que, como tivemos a possibilidade de constatar seja a nível normativo seja a nível jurisprudencial, foram notáveis os esforços para permitir uma tutela mais ampla possível aos menores vítimas de crime, todavia (ao menos neste campo), os juízes italianos parecem prescindir frequentemente de qualquer referencia normativa proveniente da UE ou do Conselho da Europa.

Se por um lado isto poderia ser explicado com o fato que na Itália já existe um nível de garantia elevado para menores vítimas de crimes, por outro lado a ausência de citações normativas internacionais dentro das sentenças, não permite compreender se os juízes italianos operam ou não um controle de aderência das próprias decisões com quanto estabelecido a nível convencional e comunitário.

A favor dos juízes existe o fato que as normativas às quais nos referimos são de recente, ou de muito recente, recebimento: basta pensar primeiramente à citada “Convenção do Conselho da Europa sobre a proteção dos menores contra a exploração e abusos sexuais” assinada em Lanzarote em 25.10.2007 e recebida pela lei 172/2012; mas, também, pela diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011 relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual dos menores e a pornografia de menores recebida pelo Decreto Legislativo 04 de março de 2014 n. 39⁶⁵⁷; e, enfim, a recentíssima Diretiva 2016/800/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2016 sobre as garantias processuais para menores investigados ou imputados nos processos penais entrada

⁶⁵⁷ Para um comentário da Diretiva referente à novidade produzida no ordenamento italiano, v., entre outros, P. Pittaro, *renovadas as normas penais contra a exploração dos menores e a pornografia com menores*, em *Il quotidiano giuridico*, 3 de abril de 2014.

em vigor em 11 de junho de 2016, que introduz o justo processo de menores, à qual será necessário adequar-se até 11 de junho de 2019⁶⁵⁸.

Somente o tempo, portanto poderá dizer se também no campo da tutela dos delitos sexuais dos menores ocorreu um não um “diálogo” eficaz entre as jurisdições internas e aquelas supranacionais.

5.6. Confrontando Atos Sexuais com Menor e Estupro de Vulnerável

As reformas na legislação penal italiana e brasileira foram amplas e alteraram profundamente a tutela penal dos crimes sexuais de seus respectivos diplomas penais, partindo da mudança de paradigma em relação ao bem jurídico tutelado que deixa de ser a moralidade pública e os bons costumes, e passa a ser liberdade pessoal, especificamente *delitos contra a liberdade e intangibilidade sexual* e a *Dignidade Sexual* no direito pátrio.

Ambos os países com as referidas reformas, acrescentaram em seus Códigos Penais, um tipo penal autônomo que dispõe sobre a criminalização de atos sexuais com menores de idade, nos quais não é necessário provar a ocorrência de violência, ameaça ou fraude: *Estupro de Vulnerável* (art. 217-A, CP Brasileiro)⁶⁵⁹ e *Atti sessuali con minorenne* (art. 609-*quater* CP Italiano), que sem dúvida são arquitraves nas respectivas legislações.

São muitas as semelhanças entre os delitos homólogos, a começar a nosso ver⁶⁶⁰, pelo bem jurídico tutelado intangibilidade sexual. Os legisladores italianos e brasileiros visaram tutelar de forma integral o desenvolvimento da personalidade psíquica e física do menor de 14 anos, de forma saudável e livre de qualquer violência, abuso ou exploração

⁶⁵⁸ Para um primeiro comentário da diretiva v. S. CivielloConigliaro, *All'origine del giusto processo minorile europeo*, em *Direito Penal Contemporâneo*, 13.06.2016 presente em <http://www.penalecontemporaneo.it/d/4820-all-origine-del-giusto-processo-minorile-europeo>

⁶⁵⁹Art. 217-A. *Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena: reclusão de 8 (oito) a 15 (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

⁶⁶⁰ Como já exposto no capítulo III, no Brasil existe uma diversidade de entendimentos sobre qual o bem jurídico tutelado no estupro de vulnerável. Apenas um autor Luis Regis Prado menciona a intangibilidade sexual como objeto de tutela jurídica no estupro de vulnerável. Pelas razões já expostas no item. 3.3, defende-se que à luz da Constituição Federal brasileira e da redação do texto do *caput* do Art. 217-A, o bem jurídico é a intangibilidade sexual do menor de 14 anos.

sexual. Assim, partem de uma política criminal que o menor deve ter respeitado o seu direito de ser intangível, intocável sexualmente, até alcançar a capacidade de discernimento em matéria sexual.

Ambos tutelam a intangibilidade sexual do menor de 14 anos, portanto, o critério etário é igual, mas aqui cabe uma ressalva: no estupro de vulnerável ao completar 14 anos, o adolescente passa a adquirir a “maioridade sexual”, ou seja, a partir daí poderá manter relações sexuais, desde que consensuais, quando, como e com quem quiser; já a legislação penal italiana estende a tutela penal ao maior de 14 e menor de 18 anos, desde que o culpado possua uma qualificação específica. Enquanto, no estupro de vulnerável o único critério etário fixado pelo legislador é pessoa menor de 14 anos, no *atti sessuali con minorenne* é preciso verificar a idade do menor e a qualidade do sujeito ativo para se estabelecer qual modalidade do delito se enquadra:

- 1) atos sexual com menor de 14 anos;
- 2) ato sexual com maior de 14 anos e menor de 16 anos (*infrasedicenne*)
- 3) ato sexual com maior de 16 anos e menor de 18 anos (*infradiciotenne*)

Em todas as 3 situações deve haver ausência de violência, ameaça, abuso de autoridade e engano (fraude). Se presentes caracteriza o crime de *violenza sessuale* prevista no art. 609-*bis*.

O art. 609- *quater*, I, n. 2 do CP italiano, estabelece uma pena mínima de 5 anos e máxima de 10 anos ao agente que pratica ato sexual com menor de 16 anos e maior de 14 anos, desde que o culpado do delito possua uma das seguintes qualidades: ascendente, genitor mesmo adotivo, ou convivente; tutor ou outra pessoa que, por motivos de cuidados, de educação, de instrução, de vigilância ou de custódia, tiver a guarda do menor ou que tiver, com este último, uma relação de convivência.

No parágrafo II do art. 609- *quater*⁶⁶¹, tem-se a forma privilegiada do delito, estabelecendo o código uma pena mínima de 3 anos e máxima de 6 anos, se o autor do delito for um ascendente, um genitor, mesmo adotivo, ou um seu convivente, o tutor ou outra pessoa que, por motivo de cuidados, de educação, de instrução, de vigilância ou de custódia, tiver a

⁶⁶¹II- *Fora dos casos previstos pelo artigo 609-bis, um ascendente, um genitor, mesmo adotivo, ou um seu convivente, o tutor ou outra pessoa que, por motivo de cuidados, de educação, de instrução, de vigilância ou de custódia, tiver a guarda do menor ou que tiver, com este último, uma relação de convivência que, com o abuso dos poderes relacionados à sua posição, pratica atos sexuais com pessoa menor que completou dezesseis anos, é punido com a reclusão de três a seis anos.*

guarda do menor ou que tiver, com este último, uma relação de convivência que, com o abuso dos poderes relacionados à sua posição, pratica atos sexuais com pessoa menor que completou dezesseis anos, ou seja, maior de 16 anos e menor de 18 anos.

Em suma, quanto ao menor de 14 anos o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (crime comum), e o bem jurídico é a intangibilidade sexual desse, já em relação ao menor de 18 anos e maior de 14 anos, trata-se de um crime próprio, sendo o objeto jurídico a liberdade sexual e a pena será de 5 a 10 anos (faixa etária da vítima maior de 14 anos e menor de 16 anos) e pena de 3 a 6 anos (faixa etária da vítima maior de 16 anos e menor de 18 anos).

Quanto à qualidade do sujeito ativo não há nenhuma previsão expressa no artigo 217-A do código penal brasileiro, mas no Capítulo IV- *Disposições Gerais*, estabelece que para os crimes sexuais previstos no cap. I (*Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual*) e cap. II (*Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável*) a pena será aumentada de metade, se o agente é ascendente⁶⁶², padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela, conforme redação do art. 226, inc. II.

A legislação italiana não faz referência à figura do tio, irmão, ou empregador⁶⁶³; sendo que quando menciona convivente pode-se equiparar com a figura do padrasto e madrasta, e companheiro(a) citados no art. 226, bem como a expressão *oupor qualquer outro titulotem autoridade sobre a vítima* equivale a previsão italiana de: motivos de cuidados, de educação, de instrução, de vigilância ou de custódia, guarda ou relação de convivência. Justifica-se esse aumento de pena, por que se trata de pessoas que tem maior facilidade para cometer o delito, e principalmente porque deveriam proteger a inviolabilidade dos menores e não ser os algozes.

Portanto, se o ato sexual for praticado por alguma dessas pessoas elencadas no artigo 226, Inc. II do CP brasileiro, com pessoa maior de 14 anos que **consentiu** na relação sexual, é um fato atípico, não há crime. Ressaltando, que na legislação penal brasileira não existe o crime de Incesto.

Entretanto, se o culpado usar de violência ou grave ameaça, responderá pelo crime de estupro qualificado (art. 213, §1º, segunda parte), aplicando-se pena mínima de 8 anos e

⁶⁶²Desnecessário a legislação penal brasileira fazer menção a figura do genitor adotivo, pois após a Constituição Federal de 1988, com a adoção plena, o genitor adotivo equipara-se totalmente ao genitor biológico.

⁶⁶³ Embora não faça referência expressa ao empregador a jurisprudência italiana reconhece que há o crime em tal hipótese. Nesse sentido ANTOLISEI: Mentre, quanto alle ragioni di lavoro, alle quali la norma non fa espresso riferimento, va tenuto conto di una giurisprudenza consolidata che ritiene verificata l'ipotesi nei rapporti tra apprendisti e imprenditore, ravvisandovi un affidamento per ragioni di istruzione. Ver: ANTOLISEI, F. Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale I. 14 ed. A cura do CONTI, Luigi. Milano: Giuffrè, 2002, p.181. Em sentido contrário ver MANTOVANI p..

máxima de 12 anos, se a vítima é menor de 18 anos e maior de 14 anos. Se for menor de 14 anos o crime será de estupro de vulnerável. Situação semelhante se encontra na legislação penal italiana, pois se o ato sexual for praticado com violência, ameaça ou abuso de autoridade e a vítima for menor de 14 anos (art. 609-ter, I, n.1) ; ou se for vítima menor de 18 anos e o agente for o ascendente, o genitor biológico ou adotivo (art. 609-ter, I, n.5.), aplica-se nesses casos pena de 6 a 12 anos.

Ainda o artigo 226, inc. I do CP Brasileiro prevê um aumento de pena de quarta parte se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; trata-se de uma causa de aumento aplicada a todos os crimes sexuais contra a *Liberdade Sexual e Contra Vulneráveis*, não há na legislação penal brasileira tipificação autônoma como na legislação penal italiana: *Violenza sessuale di gruppo* (art.609 *octies*), figurando no caso o aumento de pena.

Oportuno mencionar que tanto na lei penal pátria quanto na peninsular haverá a responsabilidade penal se o delito for cometido por omissão, de quem está na posição de garantidor, particularmente nos casos de crimes sexuais intrafamiliares. Como bem expõe Romano: “Dunque, si può sostenere con certezza che il genitore ha l’obbligo giuridico di impedire eventi lesivi o pericolosi ai danni del figlio minore, nei confronti del quale assume la posizione di garante”⁶⁶⁴

O professor da Universidade de Palermo, Romano na análise da questão observa que a jurisprudência reconhece a responsabilidade penal não só do genitor que se omite, como de qualquer familiar ao qual o menor foi confiado, mas vai além expondo que essa responsabilidade penal não deve se restringir ao núcleo familiar, devendo se estender se o autor do crime for um estranho ao núcleo familiar, mas há omissão.

No Brasil essa questão é talvez, melhor resolvida, havendo omissão por parte do garantidor, seja um crime sexual com emprego de violência ou ameaça à vítima menor (estupro), ou não (estupro de vulnerável) o omitente é responsabilizado penalmente. Nesse sentido, a jurisprudência nas seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: o Agravo Em Recurso Especial no 934.592/RO publicado em 21/11/2016 e o Recurso Especial no 1310156/RS, publicado em 04/10/2016, onde as genitoras das vítimas sabiam que seus companheiros abusavam de suas filhas e nada fizeram para impedir, e o dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (arts 226, § 5º e 227 da CF e art 22 do ECA, todos c/c art. 13, § 2º, "a" do CP)

⁶⁶⁴ ROMANO, *op. cit.*, p. 157.

No delito de estupro de vulnerável figuram como sujeitos passivos o menor de 14 anos; as pessoas portadoras de enfermidade ou doença mental, que não tenham o necessário discernimento para a prática do ato e ainda pessoa que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (Art. 217-A, caput e §1º).

No crime de *attisessuali con minorenni*, figuram como sujeitos passivos apenas os menores de idade, em faixas etárias diferentes: menor de 14 anos, menores de 16 e maiores de 14 anos, menores de 18 anos e maiores de 16 anos, nesses dois últimos casos somente há crime quando o sujeito ativo for algum dos indicados no parágrafo I. n. 2 ou II do art. 609-*quater*.

Se a vítima for enferma ou doente mental, caracteriza-se o delito de *violenza sexual por indução*⁶⁶⁵, art. 609 – bis, II, n. 1, que faz menção expressa que o agente comete o delito abusando das condições de inferioridade física ou psíquica⁶⁶⁶ da pessoa ofendida no momento do fato. E no caso de pessoa que não possa oferecer resistência, a conduta se enquadrará na moldura da *violenza sexual qualificada*, art. 609-*ter*, I, n.2, se o fato é cometido com uso de arma, de substância alcoólica, narcótica ou drogas, ou outros instrumentos ou substâncias gravemente lesivos a saúde da vítima.

Os delitos possuem exatamente o mesmo núcleo do tipo, o verbo *Compiere*, que corresponde em português ao verbo *Praticar*, utilizado na redação do art. 271-A. Entretanto, o legislador brasileiro além do verbo praticar ainda acrescentou o verbo *Ter* (que em italiano corresponde a *Avere*), fazendo a distinção entre ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso. As jurisprudências do STF e do STJ consolidaram-se no sentido de que o crime previsto art. 217-A, do Código Penal - CP, é de tipo misto alternativo. Ou seja, quando as condutas correspondentes a "conjunção carnal" e a "outro ato libidinoso" forem praticadas em um mesmo contexto fático, contra a mesma vítima, permitem o reconhecimento da ocorrência de crime único.

⁶⁶⁵Confome Fiandaca e Musco, *op. cit.*, p. 252: L'induzione, a sua volta, potrà consistere in un comportamento sia di ordine materiale-fisico sia verbale e non richiede necessariamente un vero e proprio inganno, ovvero una costrizione, che rileva ex comma primo dell'articolo in esame.

Tradução livre: A indução, por sua vez, poderá constituir-se em um comportamento seja de ordem material-físico, tanto como verbal e não requer necessariamente um verdadeiro e próprio engano, ou uma coação, que caracteriza ex. parágrafo primeiro do artigo em exame.

⁶⁶⁶Conforme Macrì entende-se por inferioridade psíquica: Ciò premesso, per inferiorità psichica la giurisprudenza di legittimità – e con alcune piccole sfumature di differenziazione la dottrina – intende “uno stato, che si ricollega ad una situazione di menomazione, dovuta a fenomeni patologici, permanenti o momentanei, di carattere organico o funzionale ovvero a traumi o a fattori ambientali di tale consistenza, da incidere in modo negativo sulla formazione della personalità dell'individuo, che mostra capacità di resistenza agli stimoli esterni assente o diminuita rispetto al comportamento della ‘persona media’ Una volta riscontrato lo stato di inferiorità psichica del soggetto passivo occorre, a seguito della riforma, che si configuri anche un abuso effettivo della stessa da parte del soggetto attivo Ver . *op. cit.* p. 43.

O legislador italiano por sua vez, aboliu essa distinção utilizando a expressão “atti sessuali” (atos sexuais), que no final engloba a conjunção carnal e outros atos libidinosos, sendo que a doutrina majoritária italiana se manifesta pela exigência do contato físico,⁶⁶⁷ mas já houve decisão jurisprudencial em sentido contrário. Já no Brasil a situação é inversa, a doutrina brasileira diverge sobre a exigência do contato físico, pendendo mais para a não exigência do contato físico e a jurisprudência exige o contato físico⁶⁶⁸.

Em ambos os delitos há controvérsias se configura-se ou não o crime se o menor praticar o ato sexual em si mesmo, no agente ou num terceiro. Entretanto, tanto no Brasil como na Itália prevalece o entendimento que há o crime.

Ambos os delitos não fazem menção ou exigência quanto aos meios empregados: a violência física, grave ameaça ou fraude. Entretanto, aqui há uma diferença entre as duas legislações: o legislador italiano expressamente menciona no *caput* do art. 609- *quater* “soggiace alla pena stabilita dall’articolo 609-bis chiunque, **al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo [..]**” Significa que se for empregada violência, grave ameaça, abuso de autoridade ou fraude o culpado responderá pelo forma agravada do delito de *violenza sessuale* (estupro) previsto no art. 609- *ter*, parágrafo 1, n. 1. (pena de 6 a 12 anos) Nesse sentido, Fiandaca e Musco:

La presenza anche di uno di tali elementi comporta l’assunzione del fatto nell’ipotesi di violenza sessuale, in relazione alla quale l’età inferiore agli anni quattordici della vittima ovvero la qualità di ascendente, di genitore anche adottivo o il di lui convivente o di tutore rappresentano circostanze aggravanti, secondo quanto disposto dall’art. 609 *ter*.⁶⁶⁹

No mesmo sentido, Romano: “è configurabile in assenza di ogni pressione coercitiva e si connota come reato a forma libera, comprensivo di tutte le possibili forme di aggressione al minore, con esclusione dei fatti tipici di costrizione indicati dall’art. 609-bis, i quali realizzano invece la fattispecie aggravata ex art. 609-*ter*, comma 1, n.1.”⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ Mantovani: Atti obiettivamente, e quindi, univocamente sessuali sono tutti e soltanto gli atti di contatto físico. (p. 380).

⁶⁶⁸ Remete-se o leitor ao ponto 3.1.

⁶⁶⁹ FIANDACA; MUSCO, op. cit. p. 259.

⁶⁷⁰ Tradução livre: É configurável na ausência de qualquer pressão coerciva e caracteriza-se como crime de forma livre, incluindo todas as possíveis formas de agressões ao menor, com exclusão dos fatos típicos de coação indicados pelo art. 609-bis, os quais produzem invés o tipo penal qualificado do art. 609- *ter*, parágrafo 1. ROMANO, B. *op.cit.*, p. 163. O autor ainda menciona uma situação semelhante a controvérsia nacional: Inoltre, si è sostenuto che sarebbe configurabile il tentativo di violenza sessuale, di cui al comma 1 dell’art. 609-*quater*, nell’ipotesi in cui l’agente intrattenga atteggiamenti violenti nei confronti di un minore, invitandolo nel

Portanto, não há uma equivalência entre os crimes, isto é, nos casos de agressão ou abuso sexual e aqueles em que há atividade sexual consensual com um menor catorze anos. Já no Brasil, a mesma situação suscita controvérsias na doutrina⁶⁷¹, mas entende-se que se houver o emprego de violência ou grave ameaça o agente deverá continuar a responder pelo crime de estupro de vulnerável, por tratar-se de uma norma penal especial em relação à figura do estupro (art. 213) norma geral, pois traz um elemento especial: a figura do menor de 14 anos (vulnerável). Além disso, não há o menor sentido aplicar uma pena de 8 a 15 anos se o agente praticar ato sexual consensual com menor (sem o emprego de violência ou grave ameaça), e quando se utilizando desses meios aplicar a pena do estupro qualificado que é de 8 a 12 anos.

Assim sendo, na legislação penal brasileira há uma equiparação do tratamento sancionatório entre casos de agressão ou abuso sexual e aqueles em atividade sexual consensual com um menor catorze anos, cabendo ao juiz na dosimetria da pena elevá-la pelo emprego de violência ou grave ameaça.

Portanto, como já visto alhures para a caracterização dos referidos delitos, basta que o agente pratique ato sexual com menor de 14 anos, pouco importando o consentimento ou dissenso da vítima. No caso do delito italiano é irrelevante o consentimento do menor de 14 anos, bem como do menor de 16 anos, se o agente apresenta as qualificações do n. 2.(art. 609-*quater*, I); mas em relação ao menor de 18 anos e maior de 16 anos,(art. 609-*quater*, II) exige-se o abuso de poder conexo à sua posição (de ascendente, genitor etc.)

Clarificando a questão do consentimento no delito de *atti sessuale con minorenne*: a) menor de 14 anos seu consentimento é irrelevante, pois sempre será considerado inválido, pois ainda não possui capacidade de entender e se autodeterminar;

ontempo ogni volta a seguirlo, affinché questi compia atti sessuali in sua presenza. Solo accogliendo tali ultime letture si può affermare (ma la tesi non ci convince) che la sentenza di condanna per fatto diversamente qualificato giuridicamente (atti sessuali con minorenne), rispetto a quello contestato nella originaria imputazione (violenza sessuale), non violi il principio di correlazione tra l'accusa e la sentenza, in quanto il secondo si differenzia dal primo unicamente per il requisito della violenza, la cui esclusione non comporterebbe alcuna immutazione del fatto.

Tradução livre: Além disso, argumentou-se que a tentativa de violência sexual seria configurável, referido-se ao n.º 1 do artigo. 609 quater, nos casos em que o agente mantém atitudes violentas contra um menor, ao mesmo tempo convidando-o todas as vezes que seguia-lo, para que os mesmos façam atos sexuais na sua presença. Somente aceitando estas últimas leituras se pode afirmar (mas o argumento não nos convence) que a sentença de condenação por fato juridicamente qualificado diversamente (ato sexual com menor), respeito àquele contestado na imputação originária (violência sexual), não viola o princípio da correlação entre a acusação e a sentença, enquanto o segundo se diferencia do primeiro unicamente pelo requisito da violência, cuja exclusão não significaria qualquer mudança do fato.

⁶⁷¹ A respeito da controvérsia remete-se o leitor ao Cap. III, 3.1. Tipificação do Estupro de Vulnerável.

b) maior de 14 anos e menor de 16 anos seu consentimento é considerado válido, pode se relacionar sexualmente (tem liberdade sexual), somente os atos sexuais cometidos com alguém que possui as qualificações determinadas pela lei (ascendente, genitor, etc.) será considerado crime, pois nessas hipóteses há uma sujeição psíquica do menor ou dificuldade de opor-se; c) maior de 16 anos e 18 anos seu consentimento é válido, pode se relacionar sexual, desde que não seja com sujeito que preenche as qualificações referidas na lei e abusa dessa particular posição.

A questão do consentimento da vítima atualmente no estupro de vulnerável, ainda comporta polêmicas e controvérsias na doutrina brasileira⁶⁷², relativo à capacidade ou incapacidade do menor de 14 anos em consentir. A doutrina majoritária defende que o menor possui capacidade de consentir, logo não se enquadra na classificação vulnerável, e se não é vulnerável conseqüentemente não há crime. Assim como alguns ainda buscam a atipicidade se a vítima já possuía experiência sexual anterior; ou exercia o meretrício.

Ao invés, na jurisprudência após a entrada em vigor do artigo 217-A, não houve nenhuma decisão pela relativização da vulnerabilidade nas cortes superiores, e com o julgamento realizado sob o rito de recurso repetitivo no REsp 1480881/ PI, julgado em 26/08/2015, pela Terceira Câmara do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se a jurisprudência brasileira no sentido de que é absoluta a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, assentada na seguinte tese:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.⁶⁷³

Diferente foi o tratamento da questão do consentimento da vítima no crime de *atti sessuali con minorenni*, pois uma vez fixada a idade de 14 anos pelo legislador, e a tutela da intangibilidade sexual do menor, sempre constituirá um ilícito penal, independentemente do consentimento do menor. Não houve a tese de que o consentimento do menor torna o fato atípico. Pode-se dizer que a aceitação da norma foi mais tranqüila, sem toda essa acirrada polêmica que há na doutrina penal brasileira.

⁶⁷² Sobre o assunto remete-se o leitor ao capítulo III e IV, onde foi realizada profunda pesquisa sobre as correntes doutrinárias brasileiras bem como a jurisprudência nacional sobre a matéria.

⁶⁷³ Idem, p. 39.

Entretanto, presente o consentimento do ofendido, esse terá relevo jurídico para a aplicação da causa de diminuição de pena (caso de menor gravidade), prevista no artigo 609-*quater*, IV, enquanto no Brasil após esse *leading case*, haverá a condenação, não sendo previsto legalmente nenhuma causa de diminuição de pena.

Os delitos são cometidos à título de dolo genérico, não fazendo as leis penais referência sobre o fim do agente quando a vítima é menor de 14 anos, (art. 217-A, caput e art. 609, *quater*, n.1); enquanto o dolo do art. 609 *quater*, I, n.2, requer do agente o conhecimento da idade da vítima (menor de 16 anos), e da própria qualidade de ascendente, genitor, tutor, convivente e etc; assim como o dolo do art. 609 *quater* II também requer o conhecimento da idade da vítima (menor de 18 anos) e a consciência e vontade de abusar do poder que sua qualificação que lhe confere.

Entretanto, mais uma questão deve ser sublinhada: para a configuração do estupro de vulnerável exige-se que o agente tenha conhecimento sobre a menoridade da vítima, isto é, que se trata de adolescente com menos de 14 anos. Caso o agente se equivoque quanto à idade da vítima, seja porque apresenta um desenvolvimento físico de alguém maior de 14 anos, seja porque apresenta um comportamento sexual enganatório, falsidade de documento de identidade, ou ainda porque a vítima mentiu a idade afasta-se o dolo, quando o autor provar essa circunstância. Não é prevista uma disposição específica no artigo 217-A, mas aplica-se a disciplina geral do erro sobre um elemento do fato – erro de tipo⁶⁷⁴-, previsto no art. 20, *caput* do CP brasileiro. Conseqüentemente exclui-se o dolo, não há crime, pois não é contemplada na legislação penal brasileira a modalidade culposa de estupro de vulnerável. Há um erro de tipo escusável (*scusabile*)

No diploma penal italiano, a excludente (erro sobre a idade) é proibida na específica previsão do 609 *sexies* (nova redação dada pela lei n. 172 de 1 de outubro de 2012), o agente não poderá invocar a ignorância sobre a idade da vítima menor de 18 anos, salvo se trata-se de uma ignorância inevitável, conseqüentemente escusável. Portanto, a nova redação abriu a possibilidade do reconhecimento da excludente, em caso inevitável, pois anteriormente tinha-se uma situação que ofendia o princípio da responsabilidade penal, (responsabilidade objetiva).

⁶⁷⁴ O erro de tipo na legislação penal brasileira, constitui uma excludente (=esimente) de tipicidade. Art. 20, caput: O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

A redação anterior do art. 609 sexies⁶⁷⁵, previa que não podia evocar a ignorância da idade, se a vítima era menor de quatorze, por isso não se aplicava o art. 609 sexies, no caso de vítima menor de 16 anos (art. 609, *quater*, n. 2). Com a nova redação do art. 609 sexies, elevou-se a idade para 18 anos, por conseguinte se aplica ao art. 609, *quater*, n.2 do cp italiano.

A lei penal italiana prevê expressamente no art. 609- *quater*, n. V, uma agravante⁶⁷⁶ (pena de 7 a 14 anos), se o delito é cometido com vítima menor de 10 anos, ainda que consinta. Conforme Fianda e Musco “l’aggravamento di pena si spiega con il maggior disvalore del fatto di commettere atti sessuali, anche senza violenza o minaccia, nei confronti di minore di anni dieci.”⁶⁷⁷

A lei penal brasileira não possui essa especificação, podendo o juiz no cálculo da pena aumentá-la conforme sua discricionariedade. Entretanto, prevê expressamente no art. 217-A, §3º que se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave a pena será de 10 a 20 anos; e no §4º que se da conduta resulta morte, a pena mínima é de 12 anos e máxima de 30 anos. Portanto do emprego da violência ou grave ameaça podem resultar lesão corporal grave ou morte da vítima.

O criminoso sexual para satisfazer sua lascívia pode deixar-se possuir pelo *aninus laedendi* ou *necandi*, quando a vítima oponha forte resistência à sua finalidade. Há divergência doutrinária se trata-se de delito qualificado pelo resultado⁶⁷⁸ (há dolo no estupro de vulnerável e dolo ou culpa no resultado lesão corporal grave ou morte) ou crime preterdolo (somente culpa em à lesão corporal ou morte).

Se verificada essas hipóteses (morte ou lesão corporal grave) é porque houve o emprego de violência física, logo o agente não responderá pelo artigo 609-*quater* e sim pelo art. 609-*bis* (violência sexual), aplicando-se as circunstâncias agravantes (leia-se no Brasil, qualificadora) prevista no art. 609-*ter*.

Nas disposições gerais dos Crimes contra a Dignidade Sexual. O artigo 234-A prevê duas causas de aumento de pena: I- de metade (1/2), se do crime resultar gravidez; e II- de um sexto (1/6) até metade (1/2), se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível

⁶⁷⁵ Quando i delitti previsti negli articoli 609- bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies sono commessi in danno di persona **minore di anni quattordici**, nonché nel caso del delitto di cui all’articolo 609-quinquies, **il colpevole non può invocare, a propria scusa, l’ignoranza dell’età della persona offesa.**

⁶⁷⁶ No Brasil leia-se qualificadora.

⁶⁷⁷ FIANDACA; MUSCO, *op. cit.*, p. 260.

⁶⁷⁸ Entendimento defendido por Nucci. Ver: Código Penal Comentado, 13 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.977-978. No mesmo sentido Bitencourt. *op. cit.*, p.115; Mirabete e Fabbrini, *op. cit.*, p.431. Em sentido contrário entendendo que trata-se de crime preterdolos GRECO, Rogério. *op.cit.*, p.541; PRADO, *op. cit.*, p.850; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, *op. cit.*, p. 30.

de que sabe ou deveria saber ser portador. Se a doença transmitida for o HIV, há polêmica, havendo quem defenda consistir a conduta uma tentativa de homicídio, devido a letalidade da doença transmitida. Tais causas de aumento de pena não são previstas no Código Penal Italiano.

A legislação peninsular prevê especificamente uma norma especial sobre penas acessória (leia-se no Brasil efeitos da condenação) nos crimes sexuais. Trata-se do artigo 609-*nonies* que determina penas acessórias e outros efeitos da condenação (leia-se no Brasil efeitos secundários extrapenais específicos) que são os seguintes:

1) Perda do poder familiar (*responsabilità genitoriale*), quando a qualidade de genitor é elemento constitutivo do crime ou circunstância agravante do crime (art. 609-*nonies*, I, n.1). Essa perda não se limita ao filho(a) vítima do abuso, mas também aos demais filhos⁶⁷⁹.

2) Interdição perpétua da tutela, curatela e administração do sustento⁶⁸⁰ (art. 609-*nonies*, I, n.2);

3) Perda do direito à alimentos e a exclusão da sucessão da pessoa ofendida (art. 609-*nonies*, I, n.3);

4) Interdição temporária de empregos da administração pública: interdição por 5 anos, se a condenação for de reclusão de 3 a 5 anos, que obsta a aplicação do art. 29, I do CP italiano que determina casos de interdição perpétua. (art. 609-*nonies*, I, n.4);

Portanto, de a pena aplicada for de até 5 anos a interdição será temporária, isto é, por cinco anos; se a pena aplicada for superior a 5 anos a interdição é perpétua.

5) A suspensão do exercício de uma profissão ou arte (art. 609-*nonies*, I, n.5);

O parágrafo II ainda prevê que se o crime praticado (art. 609-*quater*) for com vítima menor de 18 anos, comporta em todos os casos a interdição perpétua de qualquer encargo em escolas de qualquer ordem (pública ou privada) e grau, bem como de qualquer cargo ou serviço em instituições ou em outras estruturas públicas ou privadas freqüentadas habitualmente por menores. Em caso de descumprimento, responderá pelo crime previsto no artigo 389 do Código Penal Italiano, (inobservância de pena acessória).

Ainda o parágrafo III do art. 609-*nonies*, prevê aplicação, após a execução da pena, de medidas de segurança (leia-se no Brasil medidas assecuratórias) com duração mínima de um ano. As medidas de segurança especiais pessoais são as seguintes:

⁶⁷⁹ Ver Romano, *op. cit.*, p. 187.

⁶⁸⁰ Essa última hipótese incluída pela Lei 172/2012.

1) eventual imposição de restrição de locomoção e da liberdade de circulação, bem como a proibição de aproximar-se de lugares freqüentados habitualmente por menores;

2) a proibição de desenvolver trabalhos que prevejam um contato habitual com os menores;

3) a obrigação de manter informados os órgãos de polícia sobre endereço de sua residência e eventuais mudanças. A violação dessa específica medida de segurança é punida com reclusão de até 3 anos (art. 609-*nonies*,IV).

E finalmente previsto no art. 600- *septies*, mas com aplicação também há alguns crimes sexuais, entre eles, o *atti sessuali con minorene*, o confisco obrigatório (salvo os direitos da pessoa ofendida de restituição e ressarcimento dos danos) dos bens que constituam produto, proveito ou preço do crime. Caso não seja possível, o confisco de bens de valores equivalentes ao produto, proveito, preço do crime do qual o condenado tem, ainda que indiretamente ou por pessoa interposta, a disponibilidade.

No diploma penal brasileiro, além do efeito principal da condenação (aplicação da pena privativa de liberdade), tem-se os efeitos secundários da condenação (penais e extrapenais). Quanto aos efeitos secundários extrapenais genéricos (art. 91), aplicam-se no caso de condenação por estupro de vulnerável os seguintes:

I -Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91,I):

II-Confisco dos instrumentos do crime cuja fabricação, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 91, II, a).

III- Confisco do produto, proveito do crime (art. 92,II,b).

IV- Suspensão dos direitos políticos enquanto durar a execução da pena (art. 15, III, CF).

Esses efeitos são automáticos; não precisam ser explicitados pelo Juiz na sentença.

Quanto aos efeitos secundários extrapenais específicos (art. 92). Esses não são automáticos. Precisam ser motivadamente declarados pelo Juiz na sentença. Estão previstos:

I- Perda do Cargo, Função Pública ou mandato eletivo:

A) quando a pena aplicada for igual ou superior a 1 ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Adm Pública (art. 92, I, a do CP).

Aqui o delito cometido deve guardar relação com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, por exemplo, um funcionário da Fundação Casa⁶⁸¹ que abusa sexualmente de um menor de 14 anos sob sua custódia. Nessa hipótese, a pena aplicada deve ser igual ou superior a 1 ano.

B) Quando for aplicada pena privativa de liberdade superior a 4 anos, nos demais (por qualquer outro crime).

Não é necessário que o delito tenha qualquer tipo de relação com o desempenho das funções públicas, por exemplo, um funcionário público em uma festa abusa sexualmente de menor de 14 anos. Nos crimes comuns, onde não há relação com a Administração Pública, somente a condenação superior a 4 anos gera o efeito de perda da função pública.

II- Incapacidade para o exercício do ‘poder familiar’, tutela ou curatela, nos crimes dolosos sujeitos a pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II do CP)

A incapacitação é aplicada em relação à vítima do crime, bem como aos demais filhos, tutelados ou curatelados. Em relação à vítima, a incapacitação é perpétua. A declaração judicial de reabilitação após o cumprimento ou extinção da pena, todavia, faz com que o sujeito possa tornar a exercer o poder familiar, tutela ou curatela em relação a outros filhos, tutelados ou curatelados.

A legislação brasileira não prevê como efeitos secundários da pena a perda da administração do sustento, a perda do direito à alimentos, (por exemplo na velhice do genitor que cometeu o crime não terá direito à alimentos), e a exclusão da sucessão da parte ofendida.

Lamentavelmente a lei penal brasileira também não prevê medidas protetivas referente aos crimes sexuais contra menores, após a execução da pena. Pode-se apenas referir, que na hipótese de abuso sexual intrafamiliar, em 2011 através da Lei 12.415, acrescentou-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, a seguinte disposição:

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

⁶⁸¹ Local onde os menores de 18 anos cumprem as medidas socioeducativas pela prática de ato infracional (leia-se na Itália estabelecimento separado dos adultos onde o maior de 12 anos e menor de 18 anos, cumpre sua punição pela prática de um delito).

*Parágrafo único. Da medida cautelar constará, ainda, a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor*⁶⁸²

Nas disposições gerais do Cap. I e II dos Crimes contra a Dignidade Sexual, o artigo 225, parágrafo único determina que em todos os crimes sexuais com vítimas menores de 18 anos ou pessoa vulnerável a ação penal é pública incondicionada. O artigo art. 609-*septies*, I⁶⁸³, determina como regra geral a querela di parte: (leia-se no Brasil ação penal pública condicionada). Se a vítima for menor de 10 anos, o art. 609-*septies*, IV, n. 5 determina que ação penal se procede de ofício (ação penal pública incondicionada)

Finalmente em relação a sanção penal, as penas previstas na legislação peninsular são mais brandas confrontadas com as penas brasileiras. Na modalidade do Art. 609-*quater* I, 1,2 aplica-se pena mínima de 5 anos e máxima de 10 anos, no caso do parágrafo II (menor de 18 anos e maior de 16 anos) aplica-se pena de 3 a 6 anos. Aplicando-se em casos de menor gravidade uma diminuição de pena de até 2/3. No caso de vítima menor de 10 anos, aplica-se a agravante (leia-se no Brasil, qualificadora) que estabelece pena mínima de 7 anos e máxima de 14 anos.

Ao invés, no estupro de vulnerável aplica-se pena mínima de 8 anos e máxima de 15 anos. Se resultar lesão corporal grave pena mínima de 10 anos e máxima de 20 anos. Resultando morte, aplica-se pena mínima de 12 anos e máxima de 30 anos.

Supondo que dois rapazes cometam estupro de vulnerável contra menor de 13 anos, a pena mínima de 8 anos pode ser aumentada de quarta parte (art. 226, I), chegando a uma pena de 10 anos; se o juiz aplicar a pena máxima de 15 anos, e como trata-se de causa de aumento de pena, que permite na última fase da dosimetria da pena, que se ultrapasse o limite máximo de pena, pode-se chegar a uma pena de 18 anos e 9 meses. Se o autor do delito tiver alguma das qualificações do art. 226, II a pena será aumentada de metade, logo, a pena mínima passa para 12 anos e a pena máxima pode passar para 22 anos e 6 meses (dificilmente o juiz aplica a pena máxima).

Imagine-se a hipótese de dois agentes praticarem o crime e resultar lesão corporal grave na vítima, por ex, perfuração do útero, nesse caso a pena mínima de 10 anos acrescida

⁶⁸² BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>

⁶⁸³ Art. 609- *septies* [I] I delitti previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*ter* e 609-*quater* sono punibili a querela della persona offesa.

IV- Si procede tuttavia d'ufficio: [...]

5) se il fatto è commesso nell'ipotesi di cui all'articolo 609-*quater*, ultimo comma.

do aumento de quarta parte passa a ser de 12 anos e 6 meses e a pena máxima 25 anos. Em caso de morte a pena mínima de 12 anos acrescida de $\frac{1}{4}$ passa a ser de 15 anos, e a máxima 37 anos e 6 meses.

Em que pese esses *quantum* elevados de pena, a Constituição Federal Brasileira proíbe expressamente a pena de prisão perpétua (art.5º, XLIX, inc.II.), diferentemente do Código Penal Italiano que prevê no seu art. 22, a prisão perpétua (ergastolo), e também o art. 75 do CP brasileiro estabelece que o tempo máximo de cumprimento de pena não pode ser superior a 30 anos. Significa dizer que se recebesse por exemplo, pena de 35 anos, cumpriria na prática 30 anos. Lembrando que tem direito à progressão de regime, após cumprir $\frac{2}{5}$ da pena se réu primário e $\frac{3}{5}$ no caso de reincidente.

Após o cotejamento dos delitos verifica-se que a tutela penal sexual do menor na Itália é mais ampla pois estende-se até a idade de 18 anos (casos específicos), enquanto no Brasil apenas ao menor de 14 anos.

5.7.Uma solução plausível para o Estupro de Vulnerável entre Menores.

Em que pese todo o exposto e defendido, não se ignora as grandes mudanças ocorridas nas últimas décadas no comportamento sexual juvenil. Embora, ainda não preparados porque se encontram em fase de maturação (seu desenvolvimento cognitivo ainda está em formação), dois fatores levam os adolescentes a cada vez mais cedo, iniciarem sua vida sexual: o impulso sexual biológico (o despertar, a curiosidade pelo sexo começa a se manifestar de forma mais intensa) associado a pressão de aceitação social do meio, isto é, “são comuns os relatos de adolescentes sobre a pressão sofrida por eles (pelos grupos de amigos e sociais) no sentido de iniciarem a vida sexual, ou seja referem que estão sendo "forçados" à atividade sexual”⁶⁸⁴.

O fato é que a idade média da primeira relação sexual do jovem brasileiro do sexo masculino, “varia em torno de 13,9 a 14,4 anos para o sexo masculino e 12 a 16 para o sexo feminino, sendo que, em quase todas as capitais, mais de 10% das crianças e adolescentes entre 10 a 14 anos já tiveram uma relação sexual”⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴A iniciação Sexual através dos tempos. Portal da Sexualidade. Disponível em: <www.portaldasexualidade.com.br/Section/Interna?id_conteudo=1255&id_secao=0&id_item_secao=0&id_subitem_secao=142>. Acesso em 27 de janeiro de 2017.

⁶⁸⁵ ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete da. Juventude e a sexualidade. Brasília: Unesco Edições, 2004. p 70-71.

Apesar das relações sexuais completas com penetração serem “mais frequentes entre 13 e 15 anos, as experiências sexuais iniciais acontecem muito antes disso. “Cerca de 20% das crianças entre nove e dez anos já têm contatos eróticos, como beijo de língua e toque sem roupa”,⁶⁸⁶

Segundo a Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher, PNDS/2006, do Ministério da Saúde, “entre 1996 e 2006 triplicou o percentual de mulheres de 15 a 19 anos que tiveram relação sexual até os 15 anos de idade, de 11,5% para 33%”⁶⁸⁷

Assim sendo cada vez mais comuns, as relações sexuais entre adolescentes, e nesse contexto, encontra-se uma questão problemática: se um menor de 14 anos pratica atos sexuais (cópula vagínica ou outro ato libidinoso), v. g, beijos lascivos, toques nas regiões pudendas, etc., de forma consensual, com outro menor (sejam ambos menores de 14 anos ou apenas um), atualmente na nossa legislação penal pátria caracteriza-se um ato infracional análogo ao estupro de vulnerável, que Salvador Netto denomina estupro bilateral.⁶⁸⁸

Evidencie-se que se trata de ato sexual entre menores em que há o “consentimento”, ou seja, não há o emprego de violência física ou ameaça.

Caso um menor de 18 anos pratique um ato sexual com menor de 14 anos, empregando algum desses meios, o ato infracional é inconteste, com jurisprudência consolidada⁶⁸⁹ nesse sentido. No julgamento pela Sexta Turma do STJ, do Habeas Corpus n. 325.907/SP, em 13/10/2015 a Ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura deixa claro que a realização de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, com violência real ou presumida, autoriza a aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. “Na espécie, a imposição da referida medida não evidencia constrangimento ilegal, tendo em vista que a violência, **ainda que presumida**, habilita a imposição de medida de internação”.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ D’Elboux, Yannik. Jovens começam vida sexual cada vez mais cedo; veja como agir. In: UOL, Estilo de Vida. 19.05.2015. Disponível em: <<https://estilo.uol.com.br/gravidez-e-filhos/noticias/redacao/2015/05/19/jovens-comecam-vida-sexual-cada-vez-mais-cedo-veja-como-agir.htm>> Acesso em 27 de janeiro de 2017.

⁶⁸⁷ GARCIA, Sandra; KOYAMA, Mitti. Longevidade sexual e práticas sexuais desprotegidas: desafios para a promoção da saúde sexual e reprodutiva das mulheres. p. 105-134. In: Brasil. Ministério da Saúde. Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS 2006 : dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança/ Ministério da Saúde, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009. 300 p. : il. – (Série G. Estatística e Informação em Saúde). p 129.

⁶⁸⁸ Ver: SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N. 202, setembro de 2009. p.8-9.

⁶⁸⁹ Nesse sentido colaciona-se os seguintes acórdãos do STJ: HC 325502 / MS; HC 294014 / SP; RHC 35369 / PA; AgRg no REsp 1364741/ MT; HC 206431 / SP; HC 238246 / PE; AgRg no HC 256083 / MG; HC 353446 / SP; AgRg no AREsp 774961 / RS; AgRg nos EDcl no REsp 1319704/RS

⁶⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 325.907/SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1452365&num_re>

À vista disso, encontram-se situações em que *v. g.* um adolescente de 15 anos que namora uma menina de 13 anos e praticam atos libidinosos consensuais, o adolescente pode ser responsabilizado penalmente por ato infracional análogo ao estupro de vulnerável e vice-versa.

Em ressonância de caráter prático, traz-se à baila a emblemática situação vislumbrada no HC359.733/ RS, ministro relator Rogerio Schietti Cruz, da Sexta Turma do STJ, julgado em 23/08/2016. Trata-se de um casal de namorados que na data do fato, ele estava com 14 anos de idade e ela 13 anos de idade, e em decorrência de ato sexual consentido resulta grávida. Em virtude de complicações advindas da gestação (desmaios, febres, dificuldade para se alimentar e abalo psicológico) – incluindo o diagnóstico de um hematoma retrocoriônico próximo ao fundo do útero e com tamanho suficiente para causar risco de perda ou má formação do feto, a adolescente representada por sua genitora, dirigiu-se à Promotoria de Justiça Especializada de Viamão – RS, que solicitou à Defensoria local que promovesse pedido de autorização de interrupção da gravidez. Pedido esse indeferido pelo Juízo de primeiro grau que consignou que não estava configurada a figura do estupro de vulnerável, uma vez que se tratava de namorados, não havendo emprego de violência ou ameaça; assim como não restava comprovado risco de vida da adolescente. Interposto agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o mesmo manifestou-se pelo indeferimento, pois não caracterizado risco de morte para a gestante.

Então, impetrado o referido HC no Superior Tribunal de Justiça, a Sexta Turma analisando as duas excludentes de ilicitude do art. 128 do CP (I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante; III – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal) pronunciou-se em relação à primeira hipótese do Art. 128, Inc. I, não poderiam inferir a conclusão alcançada pela Corte de origem, pois demandaria necessária dilação probatória, iniciativa inviável no âmbito desta ação constitucional.

Quanto à segunda hipótese (art. 128, inc. II), mostra-se relevante consignar, trecho voto do e. Ministro relator Rogério Schietti Cruz:

**II.2. Ato infracional análogo a estupro de vulnerável – vítima menor de 14 anos
– presunção absoluta de violência**

No tocante à segunda hipótese legal, de permissão de interrupção de gravidez decorrente de estupro, o Juiz de primeiro grau entendeu não haver crime (dado o consentimento de ambos) e a Corte local decidiu pela inviabilidade do deferimento do pedido, tendo em vista tratar-se de matéria ainda controvertida no âmbito da jurisprudência (fl. 69). Em que pese o caráter limítrofe (e perturbador) da situação apresentada – um casal de namorados, ela com 13 e ele com 14 anos de idade, que, em decorrência de ato sexual consentido, enfrenta o peso de uma gravidez não desejada –, cumpre lembrar que, **a rigor, se trata de caso de ato análogo a estupro de vulnerável** (art. 217-A do Código Penal).

Acerca da configuração do delito em situações como a dos autos (na espécie, ato infracional análogo), por força do recente julgamento do **REsp repetitivo n. 1.480.881/PI**, de **minha relatoria**, a **Terceira Seção** desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

Na oportunidade, ficou registrado que, "ainda na vigência da alínea 'a' do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da **Lei n. 12.015/09**), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, **mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima**, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos". O voto condutor do mencionado recurso especial repetitivo, o qual foi acompanhado à unanimidade, realizou aprofundado estudo sobre o tema e concluiu que **praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre um adulto e um adolescente –e, mais ainda, com uma criança** – e tipificam como crime a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido, em face de seu imaturo desenvolvimento psíquico e emocional. A tese assentada naquela oportunidade é clara:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

Logo, conquanto o recurso especial repetitivo tenha tratado de ato praticado por um adulto contra vítima criança, a vulnerabilidade da ofendida, a meu ver, é o elemento definidor para a caracterização do delito, de modo que o fato de ser o agente ainda um adolescente não exclui a ocorrência do **ato infracional**. Configurada está, portanto, a presunção de violência e, como bem afirmado pela

defesa, **houve ato infracional análogo ao caso de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), circunstância que, por si só, permitiria a autorização do procedimento.** Esta Corte Superior já decidiu pela ocorrência de ato infracional análogo a estupro de vulnerável com violência presumida, que, inclusive, possibilita a imposição de medida socioeducativa de internação [...]

IV. Prejudicialidade do habeas corpus – tempo transcorrido (gravidez em estágio avançado) Em que pesem todos os argumentos expostos, especialmente a concordância sobre tratar-se de estupro de vulnerável (na espécie, ato infracional análogo ao art. 217-A do Código Penal), relevante fator me levou a decidir pelo indeferimento da liminar, com a consequente não autorização do procedimento de aborto, e agora pela prejudicialidade da ordem. [...]

Assinalo o equívoco conceitual (sobre a tipicidade do ato infracional equivalente ao estupro de vulnerável) que, no momento adequado, não permitiu o atendimento oportuno do pleito, mas constato que, a esta altura, conforme ressaltei ao indeferir a liminar, **uma intervenção médica destinada à retirada do feto do útero materno pode representar riscos ainda maiores tanto à vida da paciente quanto à da criança em gestação (que, a meu ver, já atingiu formação suficiente para eventual sobrevivência após o nascimento), além de que já ultrapassado o período de 12 semanas, considerado razoável para a realização do procedimento em questão.**⁶⁹¹

Patente, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da relação sexual consensual entre menores configurar sim ato infracional análogo ao estupro de vulnerável.

Diante dessa situação urge encontrar uma solução plausível para essa problemática e isso que se buscará realizar à luz do direito penal italiano.

Antes de tudo, deve-se deixar claro que ao se propugnar pela intangibilidade sexual como bem jurídico tutelado no estupro de vulnerável, essa não se confunde com a noção de absoluta proibição do exercício da sexualidade entre menores, que pode se caracterizar como o desenvolvimento de sua sexualidade e não como algo degenerado ou imoral, o que inclusive no modelo estatal pátrio, Estado Democrático de Direito, não seria admissível.

A intangibilidade sexual deve ser entendida como o direito do menor de 14 anos ser intocável sexualmente por um adulto, pois aí reside a vulnerabilidade do menor que a Magna Carta e o legislador ordinário visam proteger. São os atos sexuais entre menores de 14 anos e maiores de 18 anos, adultos, portanto, é que se devem impor o dever de abstenção, porque se

⁶⁹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1534067&num_registro=201601576696&data=20160919&formato=PDF Acesso em 17 de janeiro de 2017.

trata de relacionamentos que colocam o menor em uma circunstância de fragilidade psicológica, pois geralmente é envolvido em experiências sexuais que se apresentam como jogos de sedução ou manifestações de ternura, aproveitando-se o adulto da menor defesa sexual desses; e ainda, porque mais difícil depois haver um consentimento livre.

Critica-se o método/critério etário (biológico) como marco para a determinação da idade de consentimento sobre a criminalização de atos sexuais consensuais (sem violência ou grave ameaça), embora existam diversos métodos/critérios⁶⁹², ainda é o mais adotado mundialmente, predominando a faixa etária de 14 e 16 anos (Ver Anexo 1 e 2)

O Brasil adota esse critério, de forma estática, ou seja, sem exceções⁶⁹³, mas nada impede, como em alguns países, a conjugação de outros métodos, desde que não incompatíveis com a Constituição Federal.

É o que fez o direito penal italiano no delito de *atti sessuali con minorenni*, em relação ao menor de 14 anos, adotando o critério da exceção da idade próxima (Close-in-age exception)⁶⁹⁴ e em relação aos menores de 18 anos e maiores de 14 anos adota o critério de diferenciação em função de relação de confiança ou autoridade⁶⁹⁵ (art. 609- quater, I, n. 2 e II).

Justamente para solucionar o mesmo problema, - atos sexuais consensuais entre menores -, que configuravam crime, adotou na nova reforma o critério da exceção da idade próxima. Esse consiste em estabelecer uma idade limite (padrão) no caso italiano 14 anos, (bem jurídico tutelado intangibilidade sexual), mas admite que menor de 13 anos se relacione sexualmente com outro menor, desde que a diferença de idade entre ambos não seja superior a 3 anos. Logo, uma menina de 13 anos poderá se relacionar sexualmente com adolescentes de até 16 anos, sem que se caracterize o crime para nenhum deles.

Assim, permite-se que adolescentes de 13 anos (idade próxima dos 14 anos) excepcionalmente iniciem a sua vida sexual, desenvolvendo de forma saudável sua sexualidade, pois se relacionarão com pessoas que se encontram em uma faixa etária próxima.

A razão desse critério se baseia na concepção de que pessoas com idade próxima apresentarão relativamente o mesmo estágio de maturação sexual, o que diminui na relação entre os adolescentes a possibilidade de um se aproveitar da fragilidade, vulnerabilidade do

⁶⁹² Ver Faria e Vianna que identificam os seguintes métodos: diferenciação por orientação sexual; diferenciação entre homem e mulher; diferenciação pelo estado civil;

⁶⁹³ Conforme Faria e Vianna também adotam esse método: Armênia, Afeganistão, Azerbaijão, Peru, Índia, Casquistão, Rússia, Sri Lanka, Bangladesh, Burma e Brunei (nota de rodapé, p. 31).

⁶⁹⁴ Além da Itália, adotam esse critério Canadá e Suíça (que também adota a diferença temporal de 3 anos entre os adolescentes, art. 187. 1 e 2 do CP Suíço).

⁶⁹⁵ Adota a idade de consentimento geral 14 anos, mas é aumentada se o ato sexual é praticado com alguém que se encontra na qualidade de ascendente, genitor, tutor, etc.

outro, o que é bem mais difícil de acontecer na relação entre um menor de 14 anos e um adulto.

Passa-se então a uma análise da previsão desse critério no art. 609- *quater*, III do CP italiano, que assim dispõe: “ *Non è punibile il minorenni che, al di fuori delle ipotesi previste nell’articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minorenni che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni.*”⁶⁹⁶

Fiandaca e Musco colocam que essa norma é um modelo de solução que diferencia as diversas situações de relacionamentos sexuais com menores e entre menores, o que antes da reforma não acontecia, por força do art. 519, que uniformizava injustificadamente as conseqüências penais de todos os comportamentos sexuais, inclusive os espontâneos entre menores. Que é exatamente o que ocorre na atual lei penal brasileira.

Para a existência dessa excludente ⁶⁹⁷ devem-se preencher alguns requisitos:

- 1) um dos menores deve ser maior de 13 anos, abaixo dessa idade estará caracterizado o crime;
- 2) o outro menor deverá ter no máximo 3 anos de idade superior;
- 3) o ato sexual deve ser consensual, sem emprego de violência, grave ameaça ou fraude;

Na ausência de um desses requisitos o delito configura-se, veja-se a lição do professor da Universidade de Palermo, Romano:

[...] il comma 3 dell’articolo 609-*quater* dispone la non punibilità del minorenni che compia atti sessuali con altro minorenni che abbia compiuto *tredici* anni, sempre che la differenza di età tra i soggetti non sia superiore a tre anni (**peraltro, occorre considerare che – nel caso la condotta integri il reato** – anche per i rapporti sessuali tra minorenni è applicabile il quarto comma dell’art. 609-*quater*, con la prevista diminuzione di pena nei casi di minore gravità)⁶⁹⁸[sem grifo no original]

O professor Romano esclarece que se a diferença de idade de 3 anos for superada, caracterizar-se-á o delito, respondendo o menor pelo crime, mas no caso da legislação penal italiana será possível a circunstância atenuante (leia-se no Brasil causa de diminuição de pena)

⁶⁹⁶ ITALIA. Codice Penali. Tradução Livre: *III- Não é punível o menor que, fora dos casos previstos no artigo 609-bis, praticar atos sexuais com um menor que tiver completado treze anos, se a diferença de idade entre os sujeitos não for superior a três anos.*

⁶⁹⁷ Na doutrina italiana há divergência quanto a natureza dessa excludente: causa escludente della tipicità, escludente della colpevolezza, causa di esclusione della pena

⁶⁹⁸ ROMANO, *op. cit.*, p. 168.

prevista no parágrafo 4 do art. 609- *quater*, que determina que nos casos de menor gravidade a pena pode ser diminuída até 2/3.

Fiandaca e Musco vão além e ressaltam que responderá pelo delito, independentemente do nível de maturidade ou de consciência: “é peraltro innegabile che ogni minimo superamento di questa fascia di tollerabilità farà scattare la sanzione penale, a prescindere dall’accertamento di un effettivo livello di maturità e consapevolezza raggiunto dal minore”.⁶⁹⁹

Portanto, percebe-se que a janela aberta pela legislação penal italiana é estreita, justamente porque tutela-se a intangibilidade sexual. Fiandaca e Musco esclarecem a vontade da lei:

La *ratio* della tutela di un sano e armonioso sviluppo della persona, nei suoi aspetti fisici e psichici, invece viene meno con riferimento a rapporti sessuali tra soggetti minorenni in cui **non sussiste un pericolo di approfittamento dell’uno ai danni dell’altro**, mentre riemerge con riferimento ai minori di anni tredici, per i quali il legislatore ha postulato una sorta di indisponibilità sessuale assoluta, che li priva della possibilità di avere rapporti sessuali di ogni tipo, sia con adulti che con minori.⁷⁰⁰

A razão da tutela é um saudável e harmonioso desenvolvimento da pessoa, nos seus aspectos físico e psíquicos, portanto, não subsiste o perigo de aproveitamento de um menor sobre o outro. Transpondo para a legislação penal brasileira, não haveria o perigo de um menor se aproveitar da fragilidade, vulnerabilidade do outro, é diferente do caso de relacionamentos com adultos onde há esse aproveitamento.

Quanto a diferença de idade entre os menores ser de no máximo 3 anos, essa escolha está dentro da lógica do sistema normativo italiano, pelas razões supra mencionadas, ou seja, visa-se impedir o aproveitamento de um menor sobre o outro, que se encontram em uma mesma fase de maturação, se o legislador italiano tivesse elevado essa diferença para por exemplo, 5 anos, já aumenta o risco de aproveitamento, pois entre um homem de 18 anos e uma menina(o) de 13 anos, aumenta a vulnerabilidade da menor, que está no início de sua fase de discernimento. Inclusive o professor Romano coloca que como o código penal italiano estabelece no artigo 97 a imputabilidade penal a partir, dos 14 anos, seria de se reduzir para dois anos a diferença de idade, “che nella fase della maturanda consapevolezza costituiscono

⁶⁹⁹ FIANDACA, MUSCO. *op. cit.*, p.258.

⁷⁰⁰ Idem *ibidem*.

già un termine ragionevole, ed in grado di mantenere quell'ipotetico equilibrio tra i due soggetti.”⁷⁰¹

No caso de concurso de pessoas a causa de excludente não se estende aos demais que não cumpram com o requisito do limite de idade (diferença máxima de 3 anos)

Quanto à controversia sobre a natureza da excludente, o professor Mantovani defende que se trata de *causa di esclusione della pena* (excludente da punibilidade) e aduz diversas razões para isso, destacando-se que a causa da excludente é consequência da objetividade jurídica (intangibilidade sexual do menor), exclui-se a punibilidade dos atos sexuais entre menores por razões de mera oportunidade, e além disso dessa forma no caso de concurso de agentes, (por exemplo um terceiro que instiga os menores a praticarem atos sexuais), essa excludente comporta a punição do terceiro, e ainda que não pode ser uma excludente da culpabilidade, pois seria contraditório, uma vez que o menor não possui capacidade de compreender de o desvalor do fato.

Por fim, Fiandaca e Musco colocam que essa excludente “è espressione quindi della scelta compromissoria di ritagliare, con le dovute cautele, uno spazio di liceità ai comportamenti sessuali dei minorenni, preservando così loro una certa libertà sessuale.”⁷⁰²

Dessa feita, propõe-se ao legislador brasileiro, que também fazendo uso da cautela, encontre um espaço de licitude para os atos sexuais entre os menores.

Sugere-se um acréscimo de um parágrafo no art. 217-A, estupro de vulnerável, que preveja uma excludente para os casos de atos sexuais entre menores, pois parece ser a melhor solução para a presente questão, abrandando o rigor da lei em relação ao ato sexual consensual entre menores.

Concomitantemente, uma solução intermediária que continuaria a tutelar a intangibilidade sexual do menor de 14 anos em relação aos atos sexuais com adultos. O legislador pátrio estaria conjugando o critério etário com o critério da exceção da idade próxima (Close-in-age exception).

Esse parâmetro utilizado pelo legislador italiana pode servir de base para uma orientação do legislador nacional, na busca de um tratamento penal mais condizente com a realidade sexual juvenil.

⁷⁰¹ ROMANO, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁰² FIANDACA, MUSCO. *op. cit.*, p. 258.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, dentro das limitações do recorte delineado, tratou de analisar a polêmica sobre a vulnerabilidade do menor de 14 anos no estupro de vulnerável, pois a doutrina majoritária brasileira propugna pela sua relativização. Assim, realizou-se pesquisa ampla e profunda sobre a questão na doutrina e jurisprudência brasileira, bem como se realizou um estudo comparativo com o delito homólogo *atti sessuali con minorenne* no direito penal italiano para verificar-se qual o seu tratamento doutrinário e jurisprudencial. Também buscou-se uma solução para a legislação penal brasileira que atualmente considera atos sexuais consensuais entre menores ato infracional análogo ao estupro de vulnerável.

Concluiu-se a pesquisa em cinco lances correspondentes aos cinco momentos fundamentais da tese.

No primeiro capítulo intitulado: *Moral Social, Direito Penal e Objeto de Tutela nos Crimes Sexuais*, tratou-se das interligações entre a moral e o direito, e a busca de uma delimitação da interferência da moral sexual no direito penal. Realizou-se um esboço histórico da trajetória dos crimes sexuais no Brasil e uma análise do objeto de tutela na redação original Código Penal de 1940 e na atual redação. Assim chegou-se as seguintes considerações:

A) Deve-se buscar um equilíbrio entre a moral sexual e o direito penal, estabelecendo-se limites entre ambos, pois a sociedade e o Estado não podem pretender que o direito penal interfira sem limites sobre a sexualidade das pessoas. Assim, o direito penal não deve tutelar questões de ordem meramente moral, mas sim bens jurídicos de extrema relevância para a proteção da sexualidade humana, destacando-se a proteção da sexualidade das crianças, adolescentes e vulneráveis.

B) Na análise da evolução histórica dos delitos sexuais na legislação brasileira, identificaram-se os bens jurídicos tutelados, bem como o tratamento dado à tutela dos menores, e a idade limite de consentimento (maioridade sexual) nos respectivos períodos históricos. Sendo que no período pré-colonial, que não há propriamente um direito penal, e várias tribos indígenas com estágios de evolução diversos, verificou-se a vigência de costumes, mitos e tabus, pois não havia leis codificadas. Entretanto, possuíam consciência de comportamentos que mereciam ser punidos nos costumes sexuais, observando-se um grande respeito aos menores, pois até o momento da puberdade, era absolutamente vedada para a mulher qualquer prática sexual. No período Colonial, destacam-se as Ordenações Portuguesas,

com especial importância as Ordenações Filipinas que na prática foi o primeiro direito penal aplicado no Brasil. O livro V, em matéria sexual, confundia crime, moral e pecado e evidenciou a falta de preocupação expressa na tutela do menor, sendo que o crime de defloração previa que existia o crime no caso de conjunção carnal, sem violência com mulher virgem menor de 17 anos. No período Imperial, o Código Penal de 1830 (primeiro código autônomo da América Latina) foi considerado moderno para a sua época, e tutelava a *Segurança da honra e relações sexuais*. Quanto à tutela do menor destaca-se o crime de Defloração (art. 219) que mantém a idade a idade de 17 anos, e havendo o casamento com a vítima a pena de desterro de um a três anos não era aplicada. No Código de 1890, período republicano, o título VIII, do Livro II, tratava dos *Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*. O legislador de 1890 no crime de defloração modificou idade da vítima, elevando-a de 17 anos para 21 anos, seguindo a maioridade civil. Sendo que no art. 272 foi introduzido no código o conceito de presunção de violência, que passa a determinar que praticado qualquer crime previsto no capítulo dos crimes sexuais, com pessoa menor de 16 anos presume-se violento, com ou sem o consentimento da vítima. Abandona-se a exigência que a vítima fosse honesta e virgem. Surgindo aqui as raízes da polêmica sobre a presunção de violência nos crimes sexuais, pois tratava-se de presunção absoluta. Sendo que a doutrina penal da época busca no Código Penal Italiano Zanardelli inspiração, bem como nas lições da doutrina italiana com destaque para o mestre Manzini. No Código de 1940, ainda em vigor, na sua redação original, manteve-se a presunção de violência para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados agora contra vítimas maiores de 14 anos. Portanto, diminui-se a idade de consentimento de 16 anos para 14 anos, além de se ter ampliado o rol de presunção de violência para as vítimas alienadas ou débeis mentais, se o agente conhecia esta circunstância, bem como para a vítima que não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

C) A mudança de paradigma no objeto de tutela originário do Código de 1940 e o atualmente em vigor, abandonando-se a tutela dos bons costumes, fortemente impregnada de moralismos e pudor, que buscava proteger em muitos tipos penais a honra sexual e não a liberdade sexual que além de não acompanhar a evolução da moral sexual dos brasileiros se encontrava em desacordo com a Magna Carta. Atualmente tutela-se a Dignidade Sexual corolário da Dignidade Humana. Os principais reflexos dessa ruptura de paradigma são um novo olhar e significado sobre a natureza dos crimes sexuais, deslocando-se do âmbito público (moralidade pública) para o particular (indivíduo). Sendo que a dignidade sexual,

embora um conceito amplo sujeito à críticas, passa a ser um macro bem jurídico, dividido ao nosso ver em: liberdade sexual, intangibilidade sexual, exploração sexual e pudor sexual.

No capítulo intitulado: *Tutela penal da dignidade sexual das crianças, adolescentes e vulneráveis* demonstrou-se a preocupação do legislador pátrio na tutela dessa categoria de pessoas, pois nas últimas décadas:

A) No plano internacional ratificou em 1990 a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, que dispõe sobre todas as dimensões de direitos das crianças. No plano interno aprovou a Lei 8.060/1990- Estatuto da Criança e do Adolescente, que é um marco na proteção das crianças e adolescentes, que passam a ser sujeitos de direitos. Entretanto, o ECA não faz referência expressa à figura do vulnerável. A Convenção da Organização das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, realizada em 2000, traz no seu art. 3º a menção expressa à situação de Vulnerabilidade, sendo que o Brasil o ratifica em 2004. Para mais tarde, com a Lei 12.015/09 tutelar também os vulneráveis na esfera sexual.

B) Positivou crimes contra vulneráveis no Código Penal em diferentes faixas etárias que vão de menores de 18 anos a menores de 14 anos, e no Estatuto da Criança e do Adolescente positivou delitos que os protegem contra o aliciamento e a pornografia infantil, dando ênfase aos meios de comunicação, destacando-se a internet e as redes sociais. Portanto, verifica-se que o legislador brasileiro teve ampla preocupação em protegê-los de violências, abusos e exploração sexual, sendo nossa que nossa legislação acompanhou as transformações sociais nessa seara.

C) A determinação da vulnerabilidade nos Crimes contra a dignidade Sexual, não é tarefa fácil, pois o legislador em nenhum momento a define. Verificou-se que em cada tipo penal o conceito de vulnerável apresenta um sentido particular, específico. Além disso, os vulneráveis podem ser divididos em grupos diversos: crianças e adolescentes; adultos com problemas mentais ou temporariamente perturbados; e ainda grupos especiais de vulneráveis, como por exemplo, os que sofrem com a vulnerabilidade social (exploração sexual infantil).

D) Até recentemente perdurou a controvérsia sobre a presunção de violência, ora revogado pela Lei 12.015/09. A esse respeito identificou-se que a doutrina majoritária brasileira afirmava-se ser tal presunção *iuris tantum*, admitindo prova em contrário. Os principais argumentos apresentados para a relativizar a violência presumida eram: a experiência sexual do menor de 14 anos; a lei indicava que as demais alíneas do art. 224 eram

de caráter relativo, logo também seria a alínea; ‘a’ capacidade de discernimento; a inconstitucionalidade pela ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da ofensividade e culpabilidade. Portanto, a doutrina não conseguiu chegar a um consenso sobre o fundamento a ser utilizado para justificar tal posição. Já a jurisprudência brasileira majoritária era no sentido da presunção absoluta, sendo que no STF apenas 1 acórdão julgou pela relativização. E no STJ em que pese as divergências entre a Quinta e Sexta Turma, também prevalecia o entendimento pela presunção absoluta. Portanto, após a pesquisa jurisprudencial realizada nas cortes superiores, o discurso da doutrina de que também a jurisprudência majoritária era pela presunção relativa demonstrou ser uma falácia, ao menos nessas Cortes.

No capítulo *Estupro de Vulnerável: sob novo viés hermenêutico* realizou-se primeiramente análise da tipificação do delito e posteriormente debruçou-se sobre a divergência doutrinária sobre o bem jurídico tutelado para o menor de 14 anos, questão de alta relevância, pois é através da identificação do bem jurídico que verifica-se a possibilidade da vulnerabilidade relativizada. Assim chegou-se aos seguintes resultados:

A) Atualmente na doutrina penal brasileira os doutrinadores apontam como bem jurídico mediato a dignidade sexual, mas não há um consenso sobre qual o objeto de tutela imediato no estupro de vulnerável, sendo pelo menos 6 identificados: 1) liberdade sexual do vulnerável; 2) a própria vulnerabilidade; 3) o desenvolvimento normal da personalidade (sexualidade sadia); 4) ingresso precoce na vida sexual; 5) intangibilidade sexual, e 6) autodeterminação sexual. Sendo que alguns desses são mais consequências do delito do que propriamente bem jurídico.

B) A Intangibilidade sexual deve ser compreendida como o direito que o menor de idade tem de não se relacionar sexualmente com adultos, pois não possui ainda capacidade de discernir adequadamente a natureza e as consequências das relações sexuais. Dentro dessa lógica, incompatível a adoção da liberdade ou autodeterminação sexual como bem jurídico, pois não se pode dispor de algo que não se tem.

C) É de extrema importância estabelecer regras de intervenções a qualquer tipo de danos e abusos aos menores, estabelecendo-se uma presunção absoluta abaixo da idade de consentimento estabelecida no ordenamento penal. Para isso, uma das questões centrais é identificar de forma correta o juízo de valor do constituinte e do legislador ordinário que fundamentam o bem jurídico penal na tutela dessa categoria de pessoas.

D) Partindo-se da concepção que o bem jurídico deve se apoiar em um valor constitucional, assevera-se que a intangibilidade sexual é um valor constitucional, pois o artigo 5º *caput*, da constituição encerra a inviolabilidade de bens-valores, como a vida, que integra por sua vez, o valor da dignidade sexual (metaprincípio da CF), pois vida humana e dignidade humana estão vinculados. Em relação às crianças e adolescentes os seus direitos fundamentais especiais e específicos encontram-se no art. 227, *caput*, que constitui um sistema constitucional axiológico de especial e integral proteção às crianças e adolescentes. Além de ser uma norma de proibição de proteção insuficiente que no plano geral está contida no mesmo território dos direitos individuais invioláveis, logo os direitos fundamentais das crianças e adolescentes também são invioláveis. Ainda o Artigo 17 do ECA é categórico ao afirmar que a integridade física, psíquica e moral infanto-juvenil são invioláveis. Esse direito à sua inviolabilidade está diretamente imbricado com a violência e abuso sexual. Nesse contexto normativo afirma-se que o artigo 227, *caput* da Constituição Federal encerra um alto valor da constituição: a proteção integral da criança e do adolescente, e seu parágrafo quarto contém um mandado de criminalização expresso. Com a criação do estupro de vulnerável o legislador obedeceu ao comando constitucional determinando um dever de proibição de atos sexuais com menores edificado no bem-valor da proteção integral, no que tange colocá-los à qualquer forma de exploração, violência ou abuso sexual, que se traduz na intangibilidade sexual.

E) As crianças e adolescentes são pessoas ainda em desenvolvimento e por isso, merecem uma tutela diferenciada e cuidados especiais, merecem a proteção integral da família, da sociedade e do Estado. Combater os abusos sexuais contra crianças e adolescentes deve ser uma prioridade, pois constitui uma violação a dignidade humana e uma grave transgressão dos direitos humanos.

F) O menor de 14 anos é vulnerável, sua vulnerabilidade reside na sua falta de capacidade de discernimento para a prática do ato sexual por vários fatores: não possui total autonomia, seu processo cognitivo ainda está em desenvolvimento, apontando estudos da psicologia que esse processo de maturação finalizaria entre 18 anos até 25 anos; não possuem consciência das prováveis conseqüências do ato sexual. Portanto, a vulnerabilidade do menor de 14 anos reside na sua falta de capacidade de discernimento, assim seu consentimento é inválido. Em decorrência dessa vulnerabilidade a intangibilidade sexual deve ser o objeto de tutela.

G) Não há nenhuma presunção de vulnerabilidade a ser verificada no estupro de vulnerável, a idade da vítima (14 anos) é um elemento normativo, da mesma forma o

legislador não deixou margem para análise do grau de vulnerabilidade. O texto normativo afirma que o menor de 14 anos é vulnerável, frágil, logo não há nada a presumir-se.

No capítulo IV analisou-se as implicações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a relativização da vulnerabilidade chegando-se as seguintes considerações:

A) Atualmente a doutrina brasileira divide-se em 4 correntes sobre a vulnerabilidade do menor de 14 anos: a) Presunção de vulnerabilidade absoluta (5%); b) presunção de vulnerabilidade relativa (47%); c) vulnerabilidade absoluta propriamente dita (34%); d) Vulnerabilidade relativa (10%).

B) Após a entrada em vigor da Lei 12.015/09, todos os fatos praticados sob a égide da nova lei foram julgados no sentido de que não cabe a relativização da vulnerabilidade. Com o julgamento da Terceira Seção do STJ do Recurso Especial n 1.480.881- PI, pelo rito do recurso repetitivo, consolidou-se a jurisprudência dessa corte no sentido da impossibilidade da relativização da vulnerabilidade, logo a vulnerabilidade é Absoluta. A jurisprudência do STF já era consolidada nesse sentido.

C) Percebe-se a enorme discrepância entre a doutrina e a jurisprudência. Parte da doutrina irredutível com o texto do novo delito, insiste em fazer ilações se a vítima era ou não vulnerável, ou em que grau de vulnerabilidade, esses são subterfúgios criados para talvez uma convicção pessoal em detrimento do disposto na norma, ferindo-se o princípio da legalidade e taxatividade.

D) Adota-se a corrente da vulnerabilidade absoluta propriamente dita, pois diante da redação do *caput* do artigo 217-A eliminou-se qualquer hipótese de presunção, e não deixou o legislador margem para interpretar o grau de vulnerabilidade. Adota um critério objetivo: a idade, menor de 14 anos. Não há o verbo *constranger*, não há a exigência do emprego de violência, ameaça ou fraude para a caracterização do crime. Basta o agente praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com este e têm-se a tipicidade formal e material. Tipicidade Formal, uma vez que a conduta se amolda perfeitamente na moldura descrita na lei penal (tipo) e materialmente, uma vez que fere o bem jurídico tutelado: a intangibilidade sexual.

F) A sociedade precisa realizar uma reflexão sobre que valores merecem ser salvaguardados e agir nesse sentido, pois o legislador penal buscou proteger sexualmente as crianças, adolescentes e demais vulneráveis, mas a sociedade, a família precisa fazer a sua

parte na busca de um desenvolvimento saudável da sexualidade, começando com uma maior fiscalização ao acesso e exposição que os menores são ostentados.

No capítulo final *A Tutela Penal da intangibilidade e da liberdade sexual do menor na Itália e as suas implicações jurisprudenciais*, chegou-se as seguintes observações:

A) O legislador italiano realizou uma ampla e profunda reforma através da Lei 66 de 1996 em relação aos crimes sexuais, na sua evolução histórica no Código Zanardelli de 1890 (primeiro código penal da Itália Unificada) tutelava no Título VIII - *Dos Crimes contra o Bom Costume e a ordem das famílias*, a idade de consentimento era de 12 anos, não influenciando a virgindade ou a experiência sexual do menor; com a entrada em vigor em 1930 do Código Rocco (atualmente em vigor na Itália), os crimes sexuais se localizam no Título IX do Livro II, que na sua redação original tutelava a *Moralidade Pública e os Bons Costumes* (não é mais citada a ordem da família), em relação à tutela sexual dos menores a idade de consentimento é elevada para 14 anos. Todavia a verdadeira mudança ocorre com a Lei n. 66/96, que introduz a nova catalogação dos “*delitos contra a liberdade e intangibilidade sexual*”, transfere os crimes sexuais do Título IX relativo aos *delitos contra a moralidade pública e os bons costumes* ao Título XII relativo aos *crimes contra a pessoa*. Há uma mudança de paradigma os crimes sexuais deixam de ser vistos sob a perspectiva da moralidade pública (público) e passam a ser vistos como direito individual a partir do momento que o Capítulo I do Título IX (delitos contra a liberdade sexual) é revogado e os crimes sexuais são inseridos nos delitos contra a liberdade individual (Capítulo III do Título XII). Agora o bem jurídico tutelado é a dignidade e a liberdade de autodeterminação da pessoa também no campo sexual. A trajetória histórica italiana e brasileira é semelhante.

B) Com a Lei n. 172 de 01 de outubro de 2012 de ratificação da Convenção do Conselho da Europa de 2007 para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Convenção de Lanzarote), o ordenamento interno italiano se adequa a convenção introduzindo novos delitos como o aliciamento de menores, inclusive por meios da internet (art. 609 *undecies*) e Instigação a práticas sexuais com crianças e pornografia infantil (art. 414-*bis*). A Lei nº 172 de 2012, tem desempenhado um papel notável na mudança do sistema de infrações destinado a tutela dos menores abusados sexualmente. Todavia a crítica construtiva que se faz é a necessidade de repensar a sistemática do código, pelo menos no que diz respeito aos crimes sexuais, que atualmente encontram-se divididos em dois Títulos. O

ideal seria reformular e elaborar um Título dedicado aos delitos sexuais, assim como fez a reforma brasileira.

B) A importância da introdução de um tipo penal autônomo para a tutela sexual dos menores nos casos de práticas de ato sexual consensual (sem emprego de violência ameaça ou fraude). Tutela-se o menor em faixas etárias distintas menor de 14 anos, maior de 14 anos e menor de 16 anos, e menor de 18 anos e maior de 16. Nas últimas faixas etárias para a configuração do crime exige-se uma qualificação do sujeito ativo (crime próprio). Sendo que para os menores de 14 anos, é unânime na doutrina e jurisprudência que o objeto de tutela é a intangibilidade sexual. O legislador italiano decidiu remover qualquer tipo de eficácia do consentimento, mesmo validamente expresso, por parte dos menores de quatorze anos. Não há divergências ou discussões sobre a falta de capacidade de consentir do menor de 14 anos. Não se vislumbrou nada no sentido de relativizar. Caso a vítima, por exemplo, tenha consentido em praticar um ato sexual com um adulto e se entre ambos havia um relacionamento amoroso, há o crime, aplicando-se se for o caso uma causa de diminuição de pena.

C) A adoção do critério da idade próxima pode ser a solução para os casos de ato sexuais consensuais entre menores, que atualmente caracterizam ato infracional. Propugna-se um acréscimo na legislação brasileira de uma excludente nos casos em que um dos menores tenha 3 anos e a diferença de idade entre eles não seja superior a 3 anos, justamente para se evitar existam situações de aproveitamento de um sobre o outro. Adotando-se esse critério, com o acréscimo na legislação resolveria o problema dos atos infracionais análogos ao estupro de vulnerável, abrandando o rigor da atual lei penal vigente.

D) A ratio legis da Lei n. 66 foi no sentido de reforçar o tratamento sancionatório das várias formas de estupro, e particularmente, a tutela dos menores contra o abuso intrafamiliar. O Conselho da Europa visa a tutela de forma mais ampla, até os 18 anos. Essa é a tendência nas legislações penais sexuais européias. O legislador italiano segue essa recomendação e no delito de ato sexual com menor tutela os menores de forma diversa e em faixas etárias diferentes, adotando os critérios etário, de diferenciação em função da relação de confiança ou autoridade e ainda o critério da exceção da idade próxima. Teria sido melhor que o legislador brasileiro tivesse realizado o mesmo, conjugando vários critérios.

Espera-se com essa tese ter contribuído para uma reflexão da tutela sexual dos menores no Brasil, propondo-se pela intangibilidade sexual como bem jurídico tutelado em relação aos adultos e a adoção do o critério da exceção da idade próxima no caso de relações sexuais consensuais entre menores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete da. *Juventude e a sexualidade*. Brasília: Unesco Edições, 2004.

ALEIXO, Klelia Canabrava. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 209, p. 8-9, abr. 2010.

ANETTA, Massimiliano; FARINI, Sara; VENTURA, Valentina et. al. , *I delitti contro la libertà sessuale: aggiornato al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39*, Torino: G Giappichelli, 2014.

ANGELO, Vitor Amorim de. *Constituição de 1988 (1): Contexto histórico e político*. (Texto escrito no UOL EDUCAÇÃO). In: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/constituicao-de-1988-1-contexto-historico-e-politico.htm?mobile> Acesso em 22.08 2016.

ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética*, 2006; vol.2, n. 2, p.173-186.

ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale*. Parte Speciale I. 14 ed. A cura di CONTI, Luigi. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

ARIOLLI, G. *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contra la libertà sessuale: un necessario contemperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli*, in 1, *Cassazione penale*, 2008.

ASCENSÃO, José Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 281-282, jan. 2008. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67806/70414>>. Acesso em: 03 sep. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v103i0p277-299>.

BARRETTO, Kizz de Brito. *Sexualidade infanto-juvenil: a proteção jurídica da dignidade sexual das crianças e dos adolescentes*. Curitiba: Juruá. 2015.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Crimes contra a dignidade sexual*. Araçatuba, SP: editora MB, 2010.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*, LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso 20.09.2016.

BRASIL. Decreto-Lei Nº2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal Brasileiro*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso 10.08.2016

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 29. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. 349 p.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. *SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS*. Nota Pública. Disponível em: [ww.sdh.gov.br/importacao/2012/03/28-mar-2012-nota-publica-sobre-decisao-do-stj-que-inocentou-acusado-de-estupro-de-vulneraveis](http://www.sdh.gov.br/importacao/2012/03/28-mar-2012-nota-publica-sobre-decisao-do-stj-que-inocentou-acusado-de-estupro-de-vulneraveis). Acesso em 18.08.2016.

BRASIL, Decreto N 5.017 de 12 de Março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas em Especial Mulheres e Crianças. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 mar 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em 10.09.2016

BRASIL. Decreto N 99.710 de 21 de novembro de 1990. *Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF,

21 nov.. 1990. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 08.09.2016.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o *Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 08.09.2016.

BRASIL. LEI Nº 11.829, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2008. Altera a Lei nº8. 069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111829.htm> Acesso em 10.09.2016.

BRASIL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Projeto de Lei do Senado Federal n. 253/2004*. Brasília, julho de 2004. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=56335&tp=1>. Acesso em 05.09.2016.

BRASIL. STF. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>

BRASIL. STJ *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Presunção de violência no estupro de vulnerável: comentário à decisão da 3ª Seção Criminal do STJ no ERESP 1.021.634. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n.97, p.511-551, jul/ago. 2012.

BENTO DE FARIA. *Código Penal Brasileiro*. Volume V, Parte Especial (arts. 213 a 361) Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora. 1943.

BERLOFI, Luciana Mendes et al . Prevenção da reincidência de gravidez em adolescentes: efeitos de um Programa de Planejamento Familiar. *Acta paulista de*

enfermagem. São Paulo , v. 19,n. 2,p. 196-200, June 2006 .Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002006000200011&lng=en&nrm=iso>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral: 1*, 19 ed São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 15 ed. vol. 2 São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte especial,4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. vol 4, 9 ed São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORRELLI, G. *Art. 414. Istigazione a delinquere*, in LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto. *Codice Penale, Vol. IX Libro II*, Milano, 2010

BRICCHETTI, R. *Stupro: sull'ignoranza dell'età della vittima censura costituzionale «fuori bersaglio» - Il principio di colpevolezza è a rischio se si nega rilievo all'errore inevitabile*, in 38, *Guida al diritto*, 2007, 71.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora*. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. Ano7, nº 13, jul-dez , p.170-193.São Paulo:RT, 2010.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Atlas. 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes contra a dignidade sexual: temas relevantes*. Curitiba: Juruá, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1228p.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, parte especial*. vol.3. 10 ed. São Paulo: Saraiva 2012, p.19

CAPANO, Evandro Fabiani. *Dignidade sexual: comentários aos novos crimes do título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-b) alterados pela Lei 12.015/2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPORALE, Katianna. *I delitti sessuali all'indomani della ratifica della convenzione di Lanzarote*, Bari: Cacucci, 2013.

CARNEIRO JUNIOR, Amilcar Araújo et.al. *Código Penal Comentado e sua interpretação pelos tribunais*.2 ed. Campo Grande: Contemplar, 2015.

CARRIERI, F. *La percezione sociale della vigente normativa in tema di delitti sessual i*. Prospettive di riforma, in G. Canepa, M. Lagazzi (a cura di), *Delitti sessuali*, Padova, 1988.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CHAGAS, Edmar José. O STJ e a polêmica em torno do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 236, p. 9-10, jul. 2012.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Problematizando o Conceito de Vulnerabilidade para o Tráfico Internacional de Pessoas*. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça Tráfico de Pessoas:Uma abordagem para os Direitos Humanos. ANJOS, Fernanda Alves dos [et.al] 1.ed. Brasília : Ministério da Justiça, 2013, p 136.

Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de_pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf Acesso 11.09.2016.

CASTRO, Francisco Jose Viveiros de. *Attentados ao pudor: estudo sobre as aberracoes do instinto sexual*. 1895.

CERQUEIRA, Elizabeth Kipman (org). *Sexualidade, gênero e desafios bioéticos*. São Caetano do Sul: Difusão Editora, 2011.

CICCARELLI, Nicola. *La tutela internazionale del minore vittima di abusi e di reati alla luce della Convenzione di Lanzarote*. *Diritto e Giustizia Minorile*. Anno II, n. 2e3-2013.

CONEGUNDES, Karina Romualdo. A Dignidade Sexual à Luz da Teoria do Bem Jurídico. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGdir/UFRGS*, Edição Digital. Porto Alegre. Volume X, Número 1, 2015, p.171-189 Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/54575/34746> Acesso em 02.09.2016.

CORDANI, Angela Santangelo, *Alla vigilia del codice Zanardelli*. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria, Milano: Giuffrè, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte especial. Injustos contra a sociedade*. vol. 6. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COSTA Jr. Paulo José. *Código Penal Comentado*. 9 ed. São Paulo: DPJ editora, 2007.

COSTA Jr. Paulo José. *Direito Penal: Curso Completo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____ ; COSTA, Fernando José da. *Curso de Direito Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto (org). *Consentimento Informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000

De BONIS, S *Adescamento di minorenni (art. 609-undecies c.p.)*, in CADOPPI, A. VENEZIANI, P. (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale. vol. II. I reati contro la persona. Tomo I*, Padova, 2014.

D'ELIA, Fabio Suardi. *Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade*. 2012. 355p. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

D'Elboux, Yannik. *Jovens começam vida sexual cada vez mais cedo; veja como agir*. In: UOL, Estilo de Vida. 19.05.2015. Disponível em: <<https://estilo.uol.com.br/gravidez-e-filhos/noticias/redacao/2015/05/19/jovens-comecam-vida-sexual-cada-vez-mais-cedo-veja-como-agir.htm>> Acesso em 27 de janeiro de 2017.

Delli Priscoli-Fiorentin, L. *L'ignoranza dell'età del minore nei reati sessuali e le «nuove» sentenze interpretative*, 1, *Giurisprudenza costituzionale*, 2008.

DELMANTO, Celso. *et. al. Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Espanha, Madrid, 2ª época, n. 6, p. 69-101, jul. 2000.

DI FRESCO, P. *L'amore come attenuante: una decisione coraggiosa in tema di atti sessuali con minorenne*, in 5, *Diritto penale e processo* 2009, 5.

DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução Nicolas Nyimi Campanário São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2003. 431p.

ESTEFAM, André. Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva 2009.

_____ ; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FALEIROS, Vicente de Paula; FALEIROS, Eva Silveira. *ESCOLA QUE PROTEGE: Enfrentando a violência contra crianças e adolescentes*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2007, edição eletrônica. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=638-vol-31-escqprotege-elet-pdf&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em 07.09.2016.

FARIA, Alécia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Moralidade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 118. Ano 24. p.15-54. São Paulo: RT, jan-fev. 2016.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Edusp; FDE, 2001. 660p.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAIOLI, Marzia. *Presunzione (diritto processuale penale)*. SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Direttore). *Enciclopedia del Diritto*. vol. 35. Milano: Giuffré. 1986, p.307.

FIANDACA, G. Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. v. 25, p. 42-81, Milano:1982.

_____ voce *Violenza Sessuale*, in *Enc. Dir.* CLIV, Milano, 1993.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 2, Bologna, Zanichelli, 2013.

FOLADORE. C. *L'ipotesi di "minore gravità" nella violenza sessuale*,1, *Diritto penale e processo* 2001.

FORZA Antonio, *L'ascolto del minore dopo la Convenzione di Lanzarote*, 2, *Archivio della nuova procedura penale*, Vol. 24, fas.2. p.143-148. 2013.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos Crimes sexuais*. São Paulo:Malheiros, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial: arts. 213 a 359 CP*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*, 7 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan,2004.

FRANCO, Alberto Silva; SILVA Tadeu. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, vol. I, Tomo I, 7 ed. São Paulo: 2008.

GARCIA, Sandra; KOYAMA, Mitti. Longevidade sexual e práticas sexuais desprotegidas: desafios para a promoção da saúde sexual e reprodutiva das mulheres. p. 105-134. In: Brasil. Ministério da Saúde. *Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS 2006 : dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança/*

Ministério da Saúde, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009. 300 p. : il. – (Série G. Estatística e Informação em Saúde)

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GENTIL, Plínio. Estupro de Vulnerável Consentido: uma Absolvição Polêmica. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v 8., n. 45. p.65-70, dez/jan 2012.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Crimes sexuais e a pessoa vulnerável. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 20-34, fev./mar. 2010.

GIULI, C. *La Convenzione di Lanzarote e le nuove norme a tutela dei minori*, in 3, *Rivista penale*, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. São Paulo: RT, 2001.

_____ ; CUNHA, Rogério Sanches. (Coord.). *Direito Penal: parte Especial*. 3 ed. Coleção Ciências Criminais. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Dos Crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUIMARÃES, Issac Sabbá. *Direito Penal Sexual: Fundamentos, Fontes e Direito Penal Positivo*. 2 ed. Curitiba: Juruá editora. 2016.

GUIMARAES, Sergio Chastinet Duarte. Algumas questões problemáticas e outras nem tanto sobre a nova disciplina dos crimes sexuais. In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (Org.); MENEGAT, Marildo; CASARA, Rubens Roberto Rebello (Colab.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. p. 969-983. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais: Estupro, Atentado ao Pudor, Defloramento e Corrupção de Menores*. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1945.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. . vol. III , 10 ed. Niterói:Rio de Janeiro, 2013.

_____ Curso de Direito Penal. parte geral, vol. I.17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, 5 ed. Vol.8.Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ISHIDA, Válter Kenji. *Curso de Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Atlas:2010.

_____ *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JORIO, Israel Domingos. Vulnerabilidade relativa, sim! *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 236, p. 8-9, jul. 2012.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, parte geral*: vol.1. 33 ed, São Paulo: Saraiva 2012.

_____, *Direito Penal, parte especial*: vol. 3. 20 ed, São Paulo: Saraiva 2012.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável*. Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p.17-42, out-nov 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. Verbete Atentado violento ao pudor. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v.8, 1978.

MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no processo penal: as hipóteses de crimes sexuais contra a criança*. São Paulo: Verbatim, 2008

MACRÌ, Francesco. *Verso un nuovo diritto penale sessuale : diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*. Firenze : Firenze University Press, 2010.

MANFREDINI, Mario. *Trattato di Diritto Penale, Vol. IX Dei Delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*. Milano: Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, 1921

MANTOVANNI, Ferrando. *Diritto Penale (parte speciale I) – Delitti contro la persona*, Padova, CEDAM, 2013.

_____ *Pregi e limiti del codice penale toscano del 1853, presentazione alla ristampa anastatica de il Codice penale pel Granducato di Toscana*, Padova, 1995 .

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Vol. 7. Torino:UTET, 1951.

MARCÃO, Renato. Lei 11.106/2005: *Novas Modificações ao Código Penal Brasileiro. (IV) – Dispositivos Revogados*. In: CONAMP- Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/468-lei-11-106-2005-novas-modificacoes-ao-codigo-penal-brasileiro-iv-dispositivos-revogados.html>. Acesso em 15.08.2016.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes Contra a Dignidade Sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

MARI, A., *Le principali novità introdotte dalla legge attuativa della Convenzione di Lanzarote*, in 12, *Cassazione Penale*, 2012.

MARQUES, I. L. A presunção de honestidade da mulher- algumas reflexões sobre a Lei nº 11.106, de 28.03.2005. *Boletim IBCCRIM*, nº 150.

MARTELLETO, Fernando Campelo. *Inconstitucionalidade parcial do Art. 217-A do Código Penal*. Artigo Digital. Portal do Ibccrim, 2011, p.3. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10505-Inconstitucionalidade-parcial-do-art-217-a-do-codigo-penal>. Acesso em 04.10.2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*. Porto Alegre, v. 11, n 68, p.7-24, jun/jul. 2011.

MARTINS, Leonardo. Direito Geral de Liberdade. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013, p. 216-222.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERZAGORA, Isabella. *Relativismo culturale e percezione sociale in materia di comportamenti sessuali devianti*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario alle nuove norme contro la violenza sessuale*, Padova,1996.

MESTIERI, João. *Do Delito de Estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 2. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal, vol. 2: parte especial, arts 121 a 234-B do CP*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. 170. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MONT, Mario Garrido. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. 4 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

MONTEIRO, André Vinícius. Vulnerabilidade: Análise de um novo paradigma para os crimes sexuais. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo-SP*, v.5, p.69-98, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao Art. 227, §4º da CF. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013. p.2124-2137.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 247p.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal Comentado*. 4 ed. São Paulo: Rideel, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*, 15 ed. Valencia, Editora Tirant lo Blanc, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol 3, 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual: comentários à Lei 12015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual de Direito Penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Código Penal Comentado*, 13 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218-A e 218-B, introduzidos pela Lei 12.0155/2009). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 86, vol 18 set-out, 2010, p.9-35.

OLIVEIRA, Luana Pellegrini de; COSTA, Rafael de Oliveira. Da superação da incapacidade e vulnerabilidade absolutas como requisito para a configuração do crime previsto no artigo 217-A, §1º do Código penal, nas hipóteses de enfermidade ou doença mental. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 14, n.59, p. 129-144, out/dez. 2015.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH)*. Disponível em: <http://acnudh.org/pt-br/escritorio-regional-de-direitos-humanos-da-onu-condena-decisao-do-stj-que-inocentou-acusado-de-estupro-contra-tres-menores-de-12-anos/> Acesso em 18.08.2016

PADOVANI, T. *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole e una fictio absurda*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PATIAS, Naiana Dapieve; DIAS, Ana Cristina Garcia. Fatores que tornam adolescentes vulneráveis à ocorrência de gestação. *Rev. Adolescência e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 40-45, abr/jun 2011.

PAVICH, Giuseppe. *Luci e ombre nel “nuovo volto” del delitto di maltrattamenti*, in *Diritto penale contemporaneo* 9 Novembre 2012 Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1352131428PAVICH%202012a.pdf>. Acesso em 27 de dezembro de 2016.

PAVONCELLO Sabatini, L. *Violenza carnale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1997; G.Mazzi, in T.Padovani (a cura di T.Padovani), Milano, 2000.

PECCIOLI, A. *Un ulteriore intervento a tutela dei minori (I parte)*, in 2, *Diritto penale e processo*, 2013.

PECORATO, ALBANI. *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997.

PEREIRA, Antonio. A importância do sistema nervoso para as políticas judiciárias do país. *ComCiência*, Campinas, n. 144, dez. 2012 . Disponível em <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542012001000010&lng=pt&nrm=iso>.

PICOTTI, L. Commento all'art. 6, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2002.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, SP: Jalovi, 1980.

_____ ; THOMAZ, Maria Aparecida Pierangeli Borelli (Atualizador). *Código Penal Comentado Artigo por Artigo*. São Paulo: Verbatim. 2013.

_____ ; SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

PIERGALLINI, C.; VIGANÒ, F.; VIZZARDI, M.; VERRI, A., *Delitti contro la persona - X, Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, in MARINUCCI; DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 735 p.

PITTARO, P. *Innovate le norme penali contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, in *Il quotidiano giuridico*, 3 Aprile 2014.

PONTE. Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTAL DA SEXUALIDADE. *A iniciação Sexual através dos tempos*. Disponível em: <www.portaldasexualidade.com.br/Section/Interna?id_conteudo=1255&id_secao=0&id_item_secao=0&id_subitem_secao=142>. Acesso em 27 de janeiro de 2017.

PUZZO, Carmela. *I reati sessuali*, Sant'Arcangelo di Romagna: Maglioni, 2010.

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: parte geral*. vol. 1, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ *Curso de Direito Penal Brasileiro*. vol.3, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol 2: parte especial – arts 121 a 249. 11 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

_____ *Bem jurídico-penal e constituição*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.19, n 92, p. 61-93, set-out. 2011.

RADESCO, F.A *custódia consiste na relação de confiança entre a pessoa que dá em custódia e o custodiante: o consentimento da vítima não é relevante*, in 23, *Diritto & Giustizia*, 2015.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario Esencial de la lengua Española*. Espanha: 2006.

REALE JUNIOR, Miguel (Coord.) *Direito Penal: jurisprudência em debate: crimes contra a dignidade sexual, crimes contra a família, crimes contra a incolumidade pública, crimes contra a paz pública, crimes contra a fé pública*. Vol. 3. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

RECCHIONE, Sandra. *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 Marzo 2013 in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1362664784RECCHIONE%202013a.pdf>. Acesso em 29 de dezembro de 2016.

RISCIATO, L. *L'errore sull'età tra errorfacti ed erroriuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in 11, *Diritto penale e processo*, 2007.

ROMANO, Bartolomeo. *Delitti Contro La Sfera Sessuale della Persona*. 5 ed. CEDAM: 2013.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentato artigo por artigo*. 6ed. atual e ampl. São Paulo: RT, 2014.

SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. *Estupro bilateral: um exemplo limite*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N. 202, p.8-9, setembro de 2009.

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. *Los abusos sexuales em el código penal de 1995: em especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental*. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 61, p. 93-126, 1997.

SANTANA, Aline Guimarães Matos de. *Da defesa dos costumes à proteção da dignidade sexual*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7115>. Acesso em agosto 10.08.2016.

SARAIVA, F. R. dos Santos. Novíssimo Dicionário Latino- Português. Etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc. 10 ed. Rio de Janeiro:Livraria Garnier. 1993.

SARLET, Ingo W. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013. p. 183 a 212.

SILVA. José Afonso da. Comentário ao art. 16 do Estatuto da Criança e adolescente. In MUNIR, Cury. (Coord.) Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais. 12 ed.São Paulo: Malheiros, 2012

_____. Curso De Direito Constitucional Positivo. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Comentário Contextual à Constituição. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico conciso. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decr. N 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou

completaram elucidadas pela outrina e jurisprudência. Parte Especial. Vol. 2. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor. 1924.

SPAGNOLO, P. *La problematica dei rapporti sessuali con i minori e tra i minori*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1990, 72.

STRAMAGLIA, M. *Ratifica ed esecuzione della convenzione di Lanzarote. Parte II: istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-bis c.p.) e adescamento di minorenni (art. 609-undecies)* in 6, Giurisprudenza di merito, 2012.

TAQUETTE, Stella R. Sexualidade na adolescência. p. 205-212. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde do adolescente: competências e habilidades* / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2008.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte especial*. Vol.3. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

UNICEF. *Situação mundial da infância em 2011: adolescência – uma fase de oportunidades*. New York: Unicef, 2011, p. 12. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/br_sowcr11web.pdf Acesso em 06.01.2017.

VALLINI, Antonio *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella 'famiglia'*, in 2, *Diritto penale e processo*, 2013.

VEJA. São Paulo, Abril de 2012. *ONU critica decisão do STJ sobre estupro de crianças*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/brasil/onu-critica-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-criancas/> Acesso em 18.08.2016.

VENAFRO, E. *Legge 15 febbraio 1996 n.66. Norme contro la violenza sessuale, in Legislazione penale*, Torino, 1996.

VENEZIANI, V. *Commento all'art. 5 l. 269/98*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 1999,

VERZA, Annalisa *I reati a sfondo sessuale su minori nella legge 172/2012*, in 3, *Sociologia del diritto*, 2013.

VIAZZI, Pio. *Sui Reati Sessuali. Note ed Appunti di psicologia e giurisprudenza*. Torino: Fratelli Bocca. 1896.

VINCIGUERRA. S. *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano, presentazione al Codice penale pel Granducato di Toscana*, Padova, 1995.

WALLIS, Lucy. *A adolescência acaba aos 25 anos? BBC Brasil*. Disponível em:http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130925_adolescencia_termina_25anos_an. Acesso em: 05.01.2017.

ANEXOS 1: TABELA DE IDADE LEGAL DE CONSENTIMENTO SEXUAL EM ALGUNS PAÍSES.

IDADE LEGAL PARA O CONSENTIMENTO SEXUAL	
IDADE	PAÍS
18 ANOS	Egito República Dominicana (art. 331)
17 ANOS	Irlanda do Norte Bolívia
16 ANOS	Bahamas (Artigo 16.1) Canadá (Art. 151) Namíbia ⁷⁰³ Noruega Reino Unido (Seção 16 e 23) ⁷⁰⁴ Suíça Uzbequistão (Artigo 128), ⁷⁰⁵
15 ANOS	El Salvador (art.159) França (227-25) Dinamarca Suécia (Capítulo 6, seção 7) Uruguai (art. 272.1)
14 ANOS	Alemanha (art. 176) Brasil (Art. 217-A) Chade (art.277) ⁷⁰⁶ Chile (art. 362 do CP chileno) Colombia (art.209) Equador (512.1) Honduras (art.140.1) Itália (art. 609. <i>quater</i> do CP ital.)

⁷⁰³ Somente as mulheres estão sujeitas à idade de consentimento.

⁷⁰⁴ A idade de consentimento geral é 16 anos, mas é aumentada para 18 anos se o agente se encontrar em uma posição de confiança ou autoridade.

⁷⁰⁵ Bahamas e Uzbequistão adotam a idade de 16 anos para as relações heterossexuais, e para as relações homossexuais 18 anos.

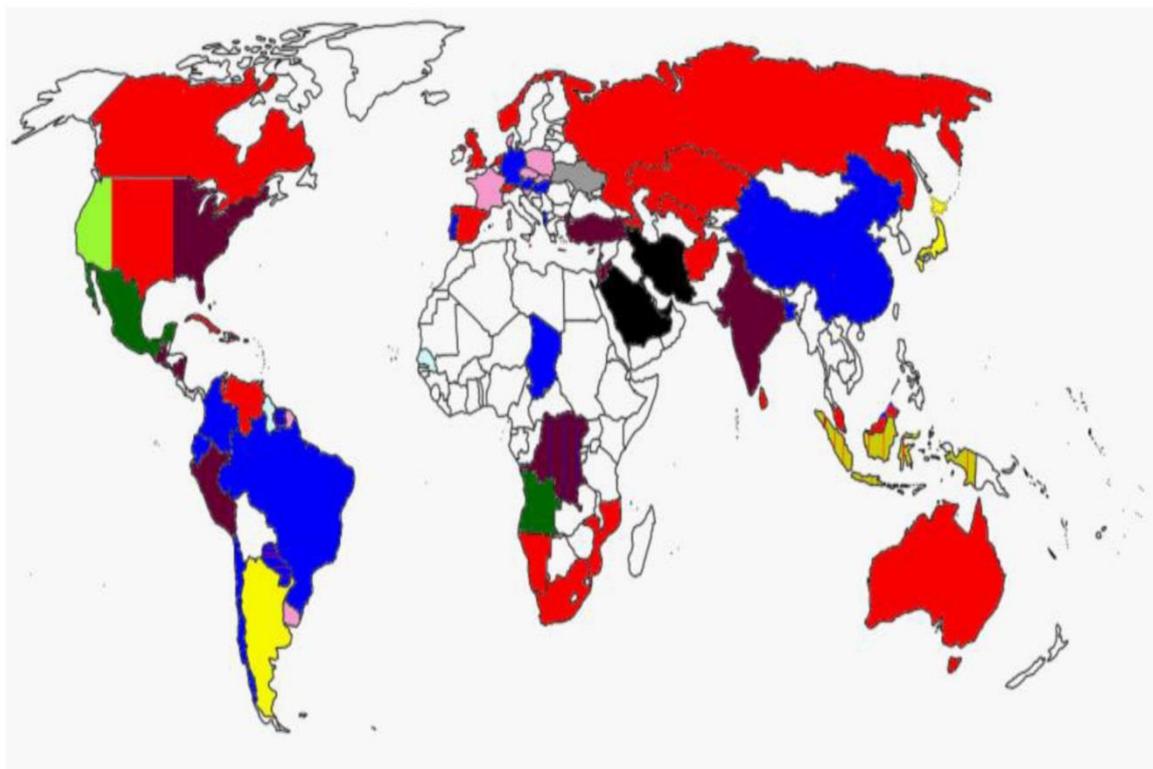
⁷⁰⁶ Somente as mulheres estão sujeitas à idade de consentimento.

	<p>Nicarágua (art. 195)</p> <p>Panama (art. 175.1 do CP panamenho)</p> <p>Paraguai (art. 135.8)</p> <p>Peru (art. 173 do CP peruano)</p> <p>Portugal (art. 171, 1 do CP português)</p>
Menor de 13 anos	<p>Argentina (art. 119 do CP argentino)</p> <p>Coréia</p> <p>Costa Rica (art. 156 do CP costarriquenho)</p> <p>Espanha (art. 183 do CP espanhol)</p> <p>Inglaterra (Sexual Offences Act 2003. N.5, 6, 7 e 8)</p> <p>Venezuela (art.375.1)</p>
Menor de 12 anos	<p>Guatemala (art.173.3)</p> <p>Guiana (art. 70)</p> <p>México (art.266)</p>

Elaboração Própria

ANEXO 2.MAPA DA IDADE DE CONSENTIMENTO SEXUAL

Tabela 1. Determinação da idade de consentimento por país e idade



Legenda:	
19 anos	14 anos
18 anos	13 anos
17 anos	12 anos
16 anos	Casamento
15 anos	Outros

Fonte: FARIA; Alécia Alvim Machado; VIANNA, Túlio Lima. *A determinação da idade de consentimento na prática de atos sexuais lúdicos frente ao direito à liberdade sexual do adolescente*. Trabalho de Iniciação Científica (Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2013.

ANEXO 3 IDADE LEGAL MÍNIMA NOS ESTADOS UNIDOS

Table 1: Statutory Rape Laws by State

States	Statutory Rape	Penalties
Alabama § 13A-6-61 § 13A-6-62	<p>First-degree rape for someone age 16 or older to have sexual intercourse with someone under age 12.</p> <p>Second-degree rape for someone age 16 or older to have sexual intercourse with someone between age 12 and 16, when the actor is at least two years older.</p>	<p>Life in prison or between 10 and 99 years</p> <p>Two to 20 years in prison</p>
Alaska § 11. 41. 434 § 11. 41. 436 § 11. 41. 440	<p>First-degree sexual abuse of a minor for someone age 16 or older to engage in sexual penetration with someone under age 13.</p> <p>Second-degree sexual abuse of a minor for someone age 16 or older to engage in sexual penetration with someone who is age 13, 14, or 15 and at least three years younger than the offender.</p> <p>Fourth-degree sexual abuse of a minor for someone under age 16 to engage in sexual penetration with someone under age 13 and at least three years younger.</p>	<p>Up to 30 years in prison</p> <p>Up to 10 years in prison</p> <p>Up to one year in prison</p>
Arizona § 13-1405	Sexual conduct with a minor to engage in sexual intercourse with someone under age 18.	(1) If the minor is under age 15, five years in prison; (2) if the offender is at least age 18 or is tried as an adult and the minor was age 12 or younger,

		life in prison and the offender is ineligible for release until serving 35 years; (3) if the offender is at least 18 or tried as an adult and the victim is age 12, 13, or 14, the presumptive sentence is 20 years; or (4) if the minor is at least age 15, it is punishable by one year in prison
Arkansas § 5-14-103 § 5-14-127	Rape is engaging in sexual intercourse with someone under age 14 who is at least three years younger. Fourth-degree sexual assault if someone age 20 or older engages in sexual intercourse with someone under age 16.	10 to 40 years or life in prison Up to one year in prison
California § 261.5(b)-(d)	Anyone who engages in an act of unlawful sexual intercourse with a person under age 18 and the actor is not more than three years older or three years younger, is guilty of a misdemeanor Anyone who engages in an act of unlawful sexual intercourse with a person under age 18 who is more than three years younger than the actor is guilty of either a misdemeanor or a felony Any person 21 years of age or older who engages in an act of unlawful sexual intercourse with a minor who is under 16 years of age is guilty of	Up to one year in county jail Up to one year in county jail or by imprisonment in the state prison (period unspecified) Up to one year in a county jail or by imprisonment in the state prison for two, three, or four years

	either a misdemeanor or a felony	
Colorado §18-3-402	Sexual assault to knowingly inflicts sexual intrusion or sexual penetration on a victim (1) under age 15 if the actor is at least four years older or (2) at least 15 years old but less than 17 years old and the actor is at least 10 years older.	The former is punishable by two to six years' in prison and the latter by one to two years in prison
Connecticut § 53a-70 (a)(2) § 53a-71 (a)(1)	First-degree sexual assault to have sexual intercourse with a person under age 13 if the actor is more than two years older Second-degree sexual assault to have sexual intercourse with a person between ages 13 and 16 if the actor is more than two years older	10 to 25 years in prison with a mandatory minimum of five years if the victim is between age 10 and 16 and 10 years if the victim is under age 10. The combined sentence and special parole must equal at least 10 years Up to 20 years in prison (nine months mandatory minimum)
Delaware § 770 § 771 §772 § 773	Fourth-degree rape to have sexual intercourse with (1) someone under age 16 or (2) someone under age 18 and the actor is at least 30 years older. Third-degree rape to have sexual intercourse with a (1) victim under age 16 if the actor is at least 10 years older or (2) victim under age 14 if the actor is age 19 or older. Second-degree rape to sexually penetrate a person under age 12 if the actor is 18 or older. First-degree rape to have sexual intercourse with a person under age 12	Up to 10 years Two to 20 years in prison Two to 20 years in prison with a 10 year minimum 15 years to life in prison

	if the actor is age 18 or older.	
Florida § 794.05	Unlawful sexual activity with certain minors if someone age 24 or older engages in sexual activity with someone age 16 or 17.	Up to 15 years in prison
Georgia § 16-6-3	Statutory rape to have sexual intercourse with someone under age 16.	One to 20 years in prison, but (1) 10 to 20 years if the offender is age 21 or older and (2) up to one year in prison if the victim is age 14 or 15 and the offender is no more than three years older.
Hawaii § 707-730	First-degree sexual assault to knowingly engage in sexual penetration (1) with someone under age 14 or (2) with someone between age 14 and 16 when the offender is more than five years older.	An indeterminate term of 20 years in prison
Idaho § 18-6101	Rape of a female under age 18.	One year to life in prison
Illinois § 730 ILCS 5/12-12 et seq.	Aggravated sexual assault for sexual penetration by an offender under age 17 with a victim under age 9. Predatory criminal sexual assault of a child for sexual penetration by an offender age 17 or older and a victim under 13. Criminal sexual abuse is sexual penetration with (1) an offender under age 17 and a victim between ages 9 and 17 or (2) a victim between ages 13 and 17 and an offender less than	Six to 30 years in prison Six to 30 years in prison Up to one year in prison Three to seven years in prison

	<p>five years older.</p> <p>Aggravated criminal sexual abuse is sexual penetration with a victim between age 13 and 17 by an offender at least five years older.</p>	
<p>Indiana</p> <p>§ 35-42-4-3</p> <p>§ 35-52-4-9</p>	<p>Child molesting is sexual intercourse with a child under age 14.</p> <p>Sexual misconduct with a minor if a person at least age 18 engages in sexual intercourse with a child between ages 14 and 16.</p>	<p>(1) Fixed term of 10 years with up to 10 years added or four subtracted for aggravating and mitigating circumstances or (2) if the offender actor is at least age 21, a fixed term of 30 years, with up to 20 years added or 10 subtracted.</p> <p>(1) Fixed term of four years with up to four added or two subtracted or (2) if the actor is at least age 21, a fixed term of 10 years with up to 10 years added or four subtracted.</p>
<p>Iowa</p> <p>§ 709. 4</p>	<p>Third-degree sexual abuse to perform a sex act on another person, not his spouse, who is (1) age 12 or 13 or (2) age 14 or 15 if the actor is five or more years older.</p>	<p>Up to 10 years in prison</p>
<p>Kansas</p> <p>§ 21-3504</p> <p>§ 21-3522</p>	<p>Aggravated indecent liberties with a child is sexual intercourse with a child between age 14 and 16.</p> <p>Unlawful voluntary sexual relations is sexual intercourse with a child age 14 to 16 when the offender is under age</p>	<p>These crimes are felonies subject to sentencing guidelines</p>

	19 and less than four year older.	
Kentucky § 510. 020 et seq.	First-degree rape is sexual intercourse with someone under age 12. Second-degree rape is someone age 18 or older engaging in sexual intercourse with someone under 14. Third-degree rape is someone age 21 or older engaging in sexual intercourse with someone under 16.	20 to 50 years in prison Five to 10 years in prison One to five years in prison
Louisiana § 14-80 § 14. 80. 1	Felony carnal knowledge of a juvenile is sexual intercourse with consent between (1) someone age 19 or older and someone between age 12 and 17 or (2) someone age 17 or older and someone between age 12 and 15. Misdemeanor carnal knowledge of a juvenile is sexual intercourse with consent between someone age 17 to 19 and someone age 15 to 17 when the difference in their ages is greater than two years.	Up to 10 years in prison (with or without hard labor) Up to six months in prison
Maine 17-A § 253 (1)(B) 17-A § 254 (1)(A)	Gross sexual assault to have sexual intercourse with a person under age 14 Sexual abuse of a minor for anyone to have sexual intercourse with someone, other than his spouse, who is either age 14 or 15 and the actor is at least five years older.	Up to 40 years in prison Up to one year in prison. Up to five years in prison if the actor is at least 10 years older than the victim.
Maryland § 3-306 § 3-307 § 3-304	Second-degree sexual offense to engage in a sexual act with a person under age 14 and the actor is at least four years older	Up to 20 years in prison Up to 10 years in prison Up to 20 years in prison

	<p>Third-degree sexual offense for someone at least age 21 to engage in a sexual act, including vaginal intercourse, with someone age 14 or 15</p> <p>Second-degree rape to have vaginal intercourse with a person under age 14 if the actor is at least four years older</p>	
<p>Massachusetts 272 § 4</p>	<p>Criminal inducement to get a person under age 18 of chaste life to have unlawful sexual intercourse</p>	<p>Up to three years in prison or up to two and one-half years in jail</p>
<p>Michigan § 750. 520b et seq.</p>	<p>First-degree criminal sexual conduct is sexual penetration with someone under age 13.</p> <p>Third-degree criminal sexual conduct is sexual penetration with someone between age 13 and 16.</p>	<p>Up to life in prison Up to 15 years in prison</p>
<p>Minnesota § 609. 342 et seq.</p>	<p>First-degree criminal sexual conduct is sexual penetration with a victim under age 13 and an actor more than 36 months older.</p> <p>Third-degree criminal sexual conduct is sexual penetration with (1) a victim under age 13 and an actor no more than 36 months older or (2) a victim age 13 to 16 and an actor more than 24 months older.</p>	<p>Up to 30 years in prison Up to 15 years in prison. But under the second part of the crime, if the actor is between 24 and 48 months older, up to five years in prison</p>
<p>Mississippi § 97-3-95</p>	<p>Sexual battery to sexually penetrate a child (1) at least age 14 but under age 16 if the actor is at least 36 months older than the child or (2) under age 14 if the actor is at least 24 months</p>	<p>Up to 30 years in prison but (1) under the first part of the crime, if the actor is between age 18 and 21, up to five years and (2) under the</p>

	older than the child.	second part of the crime, if the actor is 18 or older, then life or a term over 20 years
Missouri § 566. 032 (1) § 566. 034 (1)	First-degree statutory rape to have sexual intercourse with another person who is less than fourteen years old Second-degree statutory rape for someone at least age 21 to have sexual intercourse with someone who is less than age 17	Five years to life in prison Up to seven years in prison
Montana § 45-5-501 et seq.	Sexual intercourse with someone under age 16.	Life imprisonment or between two and 100 years. If the victim if under age 16 and the offender is at least three years older, life imprisonment or four to 100 years.
Nebraska § 28-319	First-degree sexual assault for a person age 19 or older to sexually penetrate a person under age 16	One to 50 years in prison
Nevada §§ 200. 364	Statutory sexual seduction for anyone age 18 or older to engage in sexual intercourse with a person under age 16	One to five years in prison if the actor is 21 years of age or older. Up to one year in prison if he is under age 21
New Hampshire § 632-A: 3	Felonious sexual assault for anyone to engage in sexual penetration with a person, other than his spouse, who is under age 16	Up to seven years in prison
New Jersey § 2C: 14-2	Aggravated sexual assault is sexual penetration with a victim under age 13. Sexual assault is sexual penetration	10 to 20 years in prison Five to 10 years in prison

	with a victim between age 13 and 16 when the actor is at least four years older.	
New Mexico § 30-9-11	First-degree criminal sexual penetration to engage in sexual intercourse with a child less than age 13 Fourth-degree sexual penetration to engage in sexual intercourse with a child age 13 to 16 if the actor is at least age 18 and at least four years older than the child	Basic sentence of 18 years in prison Basic sentence of 18 months in prison
New York §§130. 25, 130. 30, and 130. 35	Third-degree rape for anyone age 21 or older to have sexual intercourse with someone under age 17 Second-degree rape for anyone age 18 or older to engage in sexual intercourse with someone under age 15. The fact that the offender was less than four years older than the victim at the time of the act is an affirmative defense. First-degree rape to have sexual intercourse with someone (1) less than age 11 or (2) less than age 13 if the actor is age 18 or older	Up to four years in prison Up to seven years in prison Five to 25 years in prison
North Carolina § 14-27. 2 et seq.	First-degree rape is sexual intercourse with a victim under age 13 when the actor is at least age 12 and at least four years older. Statutory rape or sexual offense of person age 13, 14, or 15 is intercourse	These crimes are felonies subject to the structured sentencing law with minimums and maximums depending on aggravating and mitigating factors and the

	with someone age 13, 14, or 15 when the actor is (1) at least six years older and (2) between four and six years older.	offender's prior Record
North Dakota § 12. 1-20-03	Gross sexual imposition is committing a sexual act with a victim under age 15. Corruption of minor is an adult engaging in sexual act with a minor	Up to 10 years in prison (1) Up to one year in prison if the victim is at least age 15 or (2) if actor is at least age 22 and the victim is a minor at least age 15, up to five years in prison.
Ohio § 2907. 04	Sexual assault for a person age 18 to engage in sexual conduct with a minor if the actor knows that the minor is between ages 13 and 16	(1) Six to 18 months in prison, (2) if the actor is less than four years older than the victim, a \$ 1,000 fine, or (3) if the actor is 10 or more years older than the victim, one to five years in prison.
Oklahoma § 21-1114	First-degree rape for a person over age 18 to have sexual intercourse with a person under age 14 In all other cases rape is second-degree rape	Five years in prison to death One to 15 years in prison
Oregon § 163. 355 § 163. 365 § 163. 375	Third-degree rape to have sexual intercourse with a person under age 16. Defense that the actor was less than three years older than the victim at the time of the offense Second-degree rape to have sexual intercourse with a person under age 14. Defense that the actor was less than three years older than the victim	Up to five years in prison Up to 10 years in prison Up to 20 years in prison

	<p>at the time of the offense</p> <p>First-degree rape to have sexual intercourse with a person under age 12</p>	
<p>Pennsylvania</p> <p>18 § 3121</p>	<p>Rape to engage in sexual intercourse with a complainant who is less than 13 years of age.</p> <p>Rape to engage in deviate sexual intercourse with a complainant who is less than (1) 13 years of age or (2) 16 years of age and the actor is four or more years older.</p>	<p>Up to 20 years in prison</p>
<p>Rhode Island</p> <p>§ 11-37-6</p>	<p>Third-degree sexual assault for anyone over age 18 to engage in sexual penetration with someone over age 14 and under age 16</p>	<p>Up to five years in prison</p>
<p>South Carolina</p> <p>§ 16-3-655</p>	<p>First-degree criminal sexual conduct with a minor to have sexual intercourse with a person under age 11.</p> <p>Second-degree criminal sexual conduct with a minor to have sexual intercourse with a person between ages 11 and 14.</p>	<p>Up to 30 years in prison</p> <p>Up to 20 years in prison</p>
<p>South Dakota</p> <p>§ 22-22-1</p>	<p>Rape to sexually penetrate a person under age 10.</p> <p>Rape to sexually penetrate a person between ages 10 and 16 if the actor is at least three years older than the victim.</p>	<p>10 years in prison</p> <p>15 years in prison</p>
<p>Tennessee</p> <p>§ 39-13-506</p>	<p>Statutory rape to sexually penetrate a person at least age 13 but less than age</p>	<p>Two to six years in prison</p>

	18 if the actor is at least four years older than the victim. Any actor under age 18 must be tried as a juvenile and cannot be transferred to adult court.	
Texas § 22. 011	Sexual assault for anyone to intentionally or knowingly penetrate a person under age 17, other than his spouse. The actor has an affirmative defense if he is not more than three years older than the victim, who is at least age 14	Two to 20 years in prison
Utah § 76-5-401 § 76-5-401. 2	Unlawful sexual activity with a minor to have sexual intercourse with someone age 14 or 15 Unlawful sexual activity with a minor to have sexual intercourse with someone age 16 or 17 if the actor is 10 or more years older than the victim	Up to five years in prison, unless the actor is less than four years older than the victim Up to five years in prison
Vermont 13 § 3252 13 § 3253	Sexual assault to engage in a sexual act with a person under age 16, except where the actors are married and the act is consensual Aggravated sexual assault for anyone age 18 or older to engage in a sexual act with someone under age 10	Up to 20 years in prison Up to life in prison
Virginia § 18. 2-61 § 18. 2-63 § 18. 2-63 §18. 2-63	Sexual intercourse with a child under the age of thirteen Carnal knowledge of a child between ages 13 and 15 Carnal knowledge of a child between ages 13 and 15 when the actor is a minor and the victim is three or more	Five years to life in prison Two to 10 years in prison One to five years in prison Maximum fine of \$ 250

	<p>years younger</p> <p>Carnal knowledge of a child between ages 13 and 15 when the actor is a minor and the victim is less than three years younger</p>	
<p>Washington</p> <p>§ 9A. 44. 073</p> <p>§ 9A. 44. 076</p> <p>§ 9A. 44. 079</p>	<p>First-degree rape of a child to have sexual intercourse with a person less than age 12 years and the actor is at least 24 months older</p> <p>Second-degree rape of a child to have sexual intercourse with a person who is at least 12 but less than 14 years old if the actor is at least 36 months older than the victim</p> <p>Third-degree rape of a child to have sexual intercourse with a person age 14 or 15 if the actor is at least 48 months older than the victim</p>	<p>Five years to life in prison</p> <p>Five years to life in prison</p> <p>Up to five years in prison</p>
<p>West Virginia</p> <p>§ 61-8B-3</p> <p>§ 61-8B-5</p>	<p>First-degree sexual assault for a person age 14 or older to have sexual intercourse with a person age 11 or younger</p> <p>Third-degree sexual assault for a person age 16 or older to have sexual intercourse with a person under age 16 and at least four years younger than the actor</p>	<p>15 to 35 years in prison</p> <p>One to five years in prison</p>
<p>Wisconsin</p> <p>§ 948. 02</p> <p>§ 948. 09</p>	<p>Sexual intercourse with a person under 13 years of age</p> <p>Sexual intercourse with a person under 16 years of age</p> <p>Sexual intercourse with a minor at</p>	<p>Up to 40 years in prison</p> <p>Up to 25 years in prison</p> <p>Up to nine months in prison</p>

	least age of 16	
Wyoming § 6-2-303 § 6-2-304	<p>Second-degree sexual assault to inflict sexual intrusion upon a person under age 12 and the actor is at least four years older than the victim.</p> <p>Third-degree sexual assault if, under circumstances not constituting first- or second-degree sexual assault, the actor is at least four years older than the victim and inflicts sexual intrusion on a victim under age 16.</p>	<p>Up to 20 years in prison</p> <p>Up to 15 years in prison</p>

OLR RESEARCH REPORT. Statutory Rape Laws By State. By: Sandra Norman-Eady, Chief Attorney, Christopher Reinhart, Associate Attorney; Peter Martino, Research Fellow. Disponível em: <https://www.cga.ct.gov/2003/olrdata/jud/rpt/2003-r-0376.htm> Acesso em 31/10/2016.