

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JÉSSYCA SANTOS DA SILVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE
NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

Florianópolis – SC

2015

JÉSSYCA SANTOS DA SILVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE
NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho

Florianópolis - SC

2015



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Jessyca Santos da Silva**

RG:

CPF:

Matrícula: **10200058**

Título do TCC: **A (Im)possibilidade da Relativização da Vulnerabilidade nos Crimes Contra a Dignidade Sexual.**

Orientador(a): **Francisco Bissoli Filho**

Eu, **Jessyca Santos da Silva**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 23 de Junho de 2015



Jessyca Santos da Silva



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

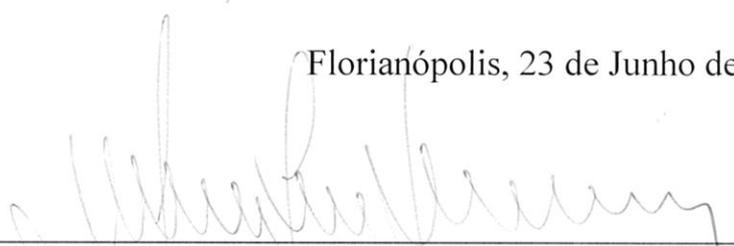
DEPARTAMENTO DE DIREITO

COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

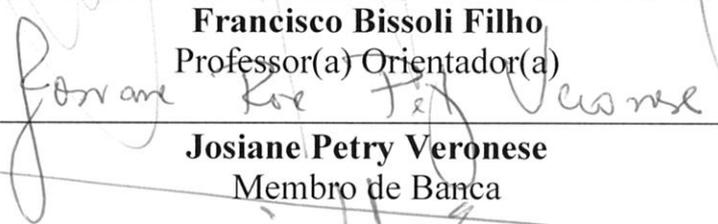
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A (Im)possibilidade da Relativização da Vulnerabilidade nos Crimes Contra a Dignidade Sexual.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Jessyca Santos da Silva**, defendido em **23/06/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

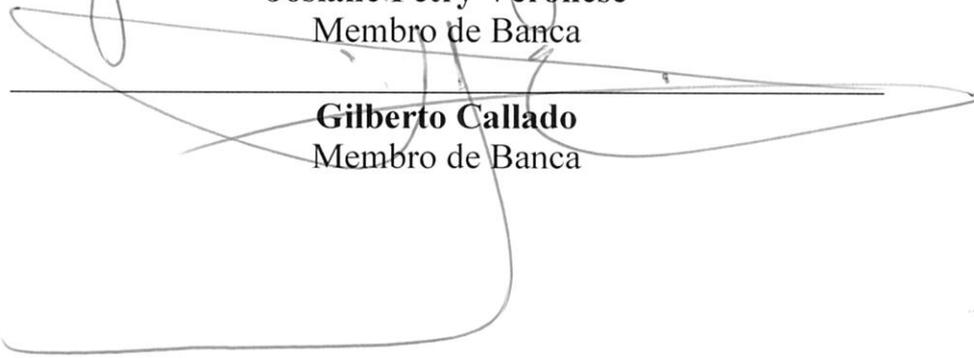
Florianópolis, 23 de Junho de 2015



Francisco Bissoli Filho
Professor(a) Orientador(a)



Josiane Petry Veronese
Membro de Banca



Gilberto Callado
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, fonte e fim de todas as minhas boas obras, por transformar este trabalho ordinário em um gratificante caminho santificador, permeado por incontáveis Graças extraordinárias.

À minha mãe, Cláudia, a quem devo todas as minhas conquistas, por ter semeado no meu coração, desde cedo, o amor pelo estudo, a disciplina e a determinação para buscar os meus sonhos e o desejo de ir além.

Aos meus pais, Paulo e Dejair, à minha segunda mãe, Luciana, aos meus avós, Cláudio, Nanci, Oscarina e Paula, aos meus irmãos, Jairo e Michell, e a toda a minha família, pelo exemplo de honestidade e integridade que sempre foram, pelo apoio e incentivo nas minhas decisões e pela compreensão e ajuda nas dificuldades.

Ao meu noivo, meu grande amor, Evandro, pelo seu carinho, paciência e auxílio em todos os momentos, por me suportar nas vésperas dos prazos e por comemorar comigo cada pequena vitória no decorrer desta jornada.

Ao meu orientador, querido Professor Doutor Francisco Bissoli Filho, que não envidou esforços para me ajudar, nesses dois anos, colaborando fundamentalmente em cada etapa do desenvolvimento da presente pesquisa, sempre atento e disponível, rígido e amável, diligente e inspirador. Agradeço por tantas conversas, por (re)discutir o meu tema infinitamente, por me ensinar tanto com a sua própria vida e, sobretudo, por ser este modelo de promotor, professor e servidor da Justiça, que contagia a todos com seu amor pelas nobres profissões que abraçou, as quais desempenha com excelência.

Aos demais membros da banca examinadora, Professor Doutor Gilberto Callado de Oliveira e Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese, dois grandes expoentes no estudo do Direito, dignos que toda a minha admiração e respeito, por terem aceitado o convite para avaliarem o presente trabalho, e por suas singulares contribuições que, sem dúvidas, tornarão esta pesquisa mais plural e completa.

Aos meus colegas da PGJ, Melina, Maura, Helena, Matheus, Ellora e Regina, que me propiciaram um profundo crescimento pessoal e profissional, contribuíram muito para o meu amadurecimento acerca do polêmico tema escolhido para o presente estudo, assim como foram indispensáveis para possibilitar o meu acesso à bibliografia utilizada neste trabalho.

Aos meus bons amigos, a família que pude escolher, e àqueles que, de alguma forma, auxiliaram na elaboração desta monografia, a todos o meu sincero agradecimento: “um amigo fiel é uma poderosa proteção: quem o achou, descobriu um tesouro” (Eclesiástico 6, 14).

RESUMO

A presente monografia trata, em síntese, da possibilidade (ou não) de relativização da vulnerabilidade das vítimas nos delitos de natureza sexual, sobretudo no que tange às crianças e adolescentes menores de 14 anos, vítimas do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal. O trabalho delinea um panorama da evolução histórica dos crimes sexuais, evidenciando o progresso da legislação penal nos períodos colonial, imperial e republicano, bem como trata da dignidade sexual como bem jurídico derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e aborda a caracterização dos tipos penais incriminadores que tutelam a dignidade sexual, em especial aqueles praticados contra vítimas vulneráveis. Além disso, investigam-se os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais contrários e favoráveis à relativização da vulnerabilidade, a fim de pontuar os principais argumentos e divergências entre os autores brasileiros a respeito do assunto, assim como entre os tribunais, destacando-se os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça de Santa Catarina a respeito do assunto. Por fim, são expostos os reflexos criminológicos, político criminais e jurídicos da relativização ou não do conceito de vulnerabilidade para a caracterização dos crimes contra a dignidade sexual, em especial do estupro de vulnerável, e procura-se adotar uma posição que seja mais realista e razoável para o questionamento inicialmente apresentado.

Palavras-chave: Crimes contra a dignidade sexual – estupro de vulnerável – relativização – vulnerabilidade.

*“Muito homens odeiam a verdade,
por amor daquilo que tomaram por
verdadeiro” (Santo Agostinho).*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	10
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
2.2 BREVE HISTÓRICO DA POSITIVAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS NO DIREITO BRASILEIRO E SUAS PECULIARIDADES	10
2.2.1 Os crimes sexuais no período colonial.....	10
2.2.2 Os crimes sexuais no período imperial	13
2.2.3 Os crimes sexuais no período republicano.....	15
2.2.3.1 Os crimes sexuais no Código Penal de 1890.....	15
2.2.3.2 Os crimes sexuais na Consolidação das Leis Penais de 1932.....	17
2.2.3.3 Os crimes sexuais na versão original do Código Penal de 1940.....	18
2.2.3.4 Os crimes sexuais na Lei n. 12.015/2009.....	19
2.3 A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO	21
2.3.1 A dignidade da pessoa humana como princípio norteador do Estado democrático de direito.....	21
2.3.2 O conceito de dignidade sexual como bem jurídico derivado da dignidade da pessoa humana	24
2.3.3 A dignidade sexual como bem juridicamente tutelado	26
2.4 A CARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	27
2.4.1 Conceito de crime contra a dignidade sexual.....	27
2.4.2 Elementos caracterizadores dos crimes contra a dignidade sexual.....	28
2.4.3 As espécies de crimes contra a dignidade sexual	29
3. A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	32
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	32
3.2 A CARACTERIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	32
3.2.1 O conceito de vulnerabilidade.....	32
3.2.2 Os elementos que integram o conceito de vulnerabilidade.....	34
3.2.3 Fatores sociais e culturais que influem no conceito de vulnerabilidade	37
3.3 A DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E VULNERABILIDADE DA VÍTIMA.....	39
3.3.1 O conceito de presunção de violência prevista na versão original do Código Penal de 1940.....	39
3.3.2 As distinções existentes entre o conceito de presunção de violência e o conceito de vulnerabilidade.....	41
3.3.3 Os reflexos das distinções existentes entre a presunção da violência e o conceito de vulnerabilidade na caracterização dos crimes contra a dignidade sexual	43
3.4 OS TIPOS PENAIIS QUE LEVAM EM CONSIDERAÇÃO A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA.....	45
3.4.1 O estupro de vulnerável	45
3.4.2 O induzimento do menor de 18 (dezoito) anos a satisfazer a lascívia de outrem ..	46
3.4.3 A satisfação da lascívia própria ou de outrem na presença de criança ou adolescente	48
3.4.4 O favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.....	49
3.4.5 Tráfico internacional de pessoa menor de 18 (dezoito) anos para fins de exploração sexual.....	50

3.4.6 Tráfico interno de pessoa menor de 18 (dezoito) anos para fins de exploração sexual.....	51
3.4.7 Crimes contra a dignidade sexual de vulnerável previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente	51
.....	51
4. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS RELACIONADAS À RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E OS EFEITOS DA RELATIVIZAÇÃO OU NÃO DESSE CONCEITO	52
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	52
4.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS CONTRÁRIAS E A FAVOR DA RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NA CARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	52
4.2.1 Posições doutrinárias contrárias à relativização do conceito de vulnerabilidade na caracterização dos crimes contra a dignidade sexual.....	52
4.2.2 Posições doutrinárias favoráveis à relativização do conceito de vulnerabilidade na caracterização dos crimes contra a dignidade sexual.....	56
4.2.3 Cotejo das posições relativas à possibilidade ou não de relativização do conceito de vulnerabilidade na caracterização dos crimes contra a dignidade sexual	60
4.3 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS E A FAVOR DA RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NA CARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	62
4.3.1 Precedentes do Supremo Tribunal Federal.....	62
4.3.2 Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.....	65
4.3.3 Precedentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina	67
4.4 EM BUSCA DE UMA SOLUÇÃO REALISTA E RAZOÁVEL À POLÊMICA ACERCA DA POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	73
4.4.1 Considerações pessoais a respeito da possibilidade ou não de relativização da vulnerabilidade.....	73
4.4.2 Teoria da imputação objetiva e a proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.....	76
4.4.3 Aplicação da teoria da imputação objetiva ao crime de estupro de vulnerável	79
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

1. INTRODUÇÃO

Os crimes sexuais sempre foram objeto de estudo de diversas áreas do conhecimento, sobretudo por se tratarem de delitos de extrema gravidade e grande repercussão social, que costumam gerar danos irreparáveis às vítimas e cominar penas altas aos seus ofensores.

O Título IV do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) era denominado de “*Dos crimes contra os costumes*” e tratava, especialmente, dos ilícitos que envolviam abusos sexuais.

Em agosto de 2009, entrou em vigor a Lei 12.015, a qual alterou a terminologia do referido Título, que passou a se chamar “*Dos crimes contra a dignidade sexual*”, oportunidade na qual houve a modificação da redação de diversos tipos penais como o estupro, a corrupção de menores e a posse sexual mediante fraude, que passou a ser intitulada de violência sexual mediante fraude.

Na legislação vigente antes da reforma, a presunção de violência, que era prevista no artigo 224, costumava ser combinada com os ilícitos de estupro (artigo 213) ou atentado violento ao pudor (artigo 214), nos casos em que a vítima era menor de 14 anos, apresentava debilidades mentais ou que por outra causa não pudesse oferecer resistência.

No entanto, após as modificações realizadas por meio da supramencionada Lei, surgiu uma nova figura denominada “estupro de vulnerável”, com configuração típica própria, a qual está prevista no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, com a seguinte redação:

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 [...].

Desse modo, a polêmica expressão “presunção de violência”, que causava divergências de entendimento, diante da dificuldade de caracterização da presunção como relativa ou absoluta, foi substituída por “vulnerabilidade”, conceito que permanece controverso por não haver concordância na doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de sua relativização ou não no caso concreto.

A grande discussão se dá, em especial, nos casos em que a vítima é menor de 14 anos, pois quando possui deficiência mental, ou está em circunstância em que não pode oferecer resistência, a simples prova da deficiência ou da circunstância é suficiente para caracterizar a vulnerabilidade.

Esta monografia tem por propósito, portanto, examinar a possibilidade (ou não) da relativização da vulnerabilidade das vítimas nos crimes contra a dignidade sexual, sobretudo daquelas menores de 14 anos, diante da relevância que a polêmica tem assumido nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial do país.

A presente pesquisa será realizada por meio do método dedutivo, dado que partirá de estruturas mais gerais sobre os crimes contra a dignidade sexual, para se restringir a um aspecto mais específicos dessa estrutura, qual seja, a vulnerabilidade exigida para a configuração do crime de estupro de vulnerável, e culminará em uma investigação ainda mais restritiva relacionada à possibilidade ou impossibilidade de relativização dessa vulnerabilidade e os seus respectivos efeitos.

O método procedimental utilizado no estudo será o descritivo nos dois primeiros capítulos e em parte do terceiro capítulo e o método argumentativo no último item do terceiro capítulo, no qual se procurará sustentar os efeitos que surgem da adoção de uma posição contrária ou de uma posição favorável à relativização da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual, bem como apontar uma alternativa técnica para a interpretação da norma penal.

A técnica de pesquisa será a bibliográfica, pois recairá sobre fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

O referencial teórico é a teoria dos direitos humanos fundamentais, pois se está diante de uma temática que combina a necessidade de tutelar penalmente a dignidade sexual da pessoa humana e a problemática dela decorrente, sobretudo se está diante de termos legais que impõem uma interpretação que atenda não somente a literalidade, mas, sobretudo, que esteja em consonância com a complexidade das relações sociais, nas quais são construídas as relações afetivas, entre as quais podem ser inseridas as relações sexuais.

Para o desenvolvimento destas questões, a pesquisa será estruturada em três capítulos.

No primeiro capítulo, buscar-se-á traçar um panorama da evolução histórica dos delitos de natureza sexual, a fim de evidenciar o progresso da legislação penal nos períodos colonial, imperial e republicano, destacando-se as alterações conferidas ao Título VI do Código Penal por meio da Lei 12.015/2009, bem como dissertar acerca da dignidade sexual como bem jurídico derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e comentar a caracterização dos tipos penais incriminadores que tutelam a dignidade sexual.

No capítulo seguinte, tratar-se-á da caracterização da vulnerabilidade, isto é, do seu conceito, dos elementos que a integram e dos fatores que influenciam a sua delinação no

contexto social, assim como serão discriminadas as distinções relativas à presunção de violência, que era prevista na redação original do artigo 224 do Código Penal, atualmente revogado, e à noção de vulnerabilidade contida na redação do novo artigo 217-A do Código Penal, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, apontando os reflexos dessas distinções na caracterização dos crimes contra a dignidade sexual.

No último capítulo, abordar-se-á, de fato, a possibilidade (ou não) de relativização da vulnerabilidade, dos menores de 14 anos, no crime de estupro de vulnerável, destacando-se os entendimentos doutrinários contrários e favoráveis à relativização da vulnerabilidade, a fim de pontuar os principais argumentos e divergências entre os autores brasileiros a respeito do assunto. Após, serão mencionadas as posições jurisprudenciais majoritárias acerca da possibilidade de relativização da vulnerabilidade, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de modo a examinar as decisões mais relevantes e analisar os fundamentos dos julgados em questão. Por fim, delinear-se-ão os reflexos criminológicos, político criminais e jurídicos da relativização ou não do conceito de vulnerabilidade para a caracterização dos crimes contra a dignidade sexual, sobretudo do estupro de vulnerável, e adotar-se-á uma posição que seja mais realista e razoável para o questionamento inicialmente apresentado.

2. OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo trata de conceitos introdutórios acerca dos crimes contra a dignidade sexual, a fim de traçar um panorama da evolução histórica dos delitos de natureza sexual, elucidar a dignidade sexual como bem jurídico derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e comentar a caracterização dos tipos penais incriminadores que tutelam a dignidade sexual, razão porque está dividido em três diferentes tópicos.

Inicialmente, realizar-se-á um breve esboço histórico dos crimes sexuais no Direito brasileiro e suas particularidades, evidenciando-se o progresso da legislação penal nos períodos colonial, imperial e republicano.

No segundo momento, abordar-se-á a dignidade sexual como bem jurídico tutelado decorrente da dignidade da pessoa humana, destacando-se as alterações conferidas ao Título VI do Código Penal por meio da Lei 12.015/2009.

Por fim, aprofundar-se-ão, especificamente, os aspectos relativos aos tipos penais relacionados à dignidade sexual.

2.2 BREVE HISTÓRICO DA POSITIVAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS NO DIREITO BRASILEIRO E SUAS PECULIARIDADES

2.2.1 Os crimes sexuais no período colonial

Antes da chegada dos portugueses ao Brasil, as sanções penais eram exercidas, segundo Estefam, por meio de “um direito consuetudinário, praticado nas tribos indígenas [...], mescla de costumes, mitos e tabus observados pelos silvícolas”¹. Nesse direito costumeiro, explica Pierangelli, imperava, basicamente, “a vingança privada, a vingança coletiva e o talião”².

No Brasil, durante o período colonial, vigoraram as Ordenações do Reino de Portugal, sobretudo as Filipinas, que, segundo Garcia, “eram o código de leis civis e criminais de

1 ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

2 PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. Evolução Histórica. São Paulo: Editora Javoli, 1980, p. 5.

Portugal, [as quais] foram mantidas, no campo penal, até a promulgação do Código Criminal do Império, em 1830”³.

O Livro V das Ordenações Filipinas, ressalta Estefam, era, “também conhecido como *Libris Terribilis*”⁴, pois nele se encontrava compilada a legislação penal da época e, nas palavras de Garcia, destacava-se pela “exorbitância das penas, que alcançavam ferozmente fatos às vezes insignificantes, pela desigualdade de tratamento entre os vários agentes do delito, pela confusão entre o Direito, a Moral e a Religião e por outros muitos vícios”⁵.

Beccaria (1738-1794), contemporâneo do Código Filipino, em sua obra “*Dei Delitti e Delle Pene*”, que se tornaria um clássico de substancial importância para a gradual evolução do Direito Penal, criticou fortemente a desigualdade de tratamento e a crueldade com que as reprimendas eram aplicadas na época:

Quem não estremece de horror ao ver na história tantos tormentos atrozes e vãos, criados e empregados com frieza por monstros que se davam o nome de sábios? Quem não tremeria até o âmago da alma, vendo milhares de desgraçados que o desespero obriga a retomar a vida errática, para fugir a males superiores às suas forças, provocados ou tolerados por essas leis injustas que sempre acorrentaram e ultrajaram a multidão, para servir tão somente a um reduzido número de homens privilegiados?⁶

Não havia critérios claros e objetivos na disposição das sanções penais, que variavam, inclusive, em razão da posição social que ocupava o agente do delito, uma vez que, conforme Noronha, deveria “o juiz aplicar a pena *segundo a graveza do caso e a qualidade da pessoa*: os nobres, em regra, eram punidos com multa; aos peões ficavam reservados os castigos mais pesados e humilhantes”⁷.

No âmbito dos delitos sexuais, as penas também eram demasiadamente gravosas, podendo-se dizer, de acordo com Garcia, que “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”⁸.

As Ordenações Filipinas foram alicerçadas em concepções enraizadamente cristãs, de modo que muitos pecados, ainda que de foro íntimo, cometidos na esfera privada, eram criminalizados, como no caso *Dos que commettem peccado de sodomia e com alimarias*

3 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 1. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 115.

4 ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

5 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 1. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 115-116.

6 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 4. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011, p. 49.

7 NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 65. (grifo do autor)

8 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 1. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 117.

(Título XIII), que dizia respeito às práticas homossexuais e aos atos obscenos praticados com animais, ilícitos pelos quais, consoante o Código, o transgressor deveria ser “*queimado, e feito per fogo e pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria*”.

A pena de morte, que era a sanção cominada, entre outros, àqueles que praticassem relações incestuosas (Título XVII), aos bigamos (Título XIX) e aos cristãos que se relacionassem sexualmente com mouros, judeus ou “outros infiéis” (Título XIV), comportava diversas modalidades, como bem disserta Noronha:

Havia a morte simplesmente dada na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte *para sempre*, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, vinha ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela Confraria da Misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito em pó⁹.

Outras punições bastante peculiares, enumeradas nas Ordenações, eram as degredações para a África ou para o Brasil por determinado período de tempo, sendo a primeira delas imposta, por exemplo, ao *homem, que se vestir em trajos de mulher, ou mulher em trajos de homem* (Título XXXIV) e a segunda era aplicada, ainda, ao homem que *entra em Mosteiro, ou tira Freira, ou dorme com ella, ou a recolhe em casa* (Título XV).

Ao adultério, enunciado como *Do que dorme com mulher casada* (Título XXV), era prevista a pena de morte a ambos os envolvidos, exceto se “*o adultero fôr de maior condição, que o marido della, assi como, se o tal adultero fosse Fidalgo, e o marido Cavalleiro, ou Scudeiro (...)*”, ou seja, a sanção não seria aplicada se o adúltero ocupasse posição socioeconômica superior à do marido da adúltera.

Ademais, se o marido traído decidisse perdoar a esposa ou o adúltero, e não os acusasse, também sofreria punições como a degredação para a África por sete anos, pois, de acordo com as Ordenações, “*pareceria scandalo ao povo*” o fato de o marido compactuar com a imoralidade dos adúlteros e, por essa razão, elucida Estefam, “apenava-se com determinação de utilizar capela de chifres o marido condescendente”¹⁰.

O *estupro* (Título XVIII) era mais um dos delitos sancionados com a pena capital, salvo se o crime fosse cometido “*com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava*”, ocasião em que o castigo seria amenizado ou inaplicável. A punição também era impingida a qualquer pessoa que contribuísse para a consumação do delito por meio de ajuda, favor ou conselho.

9 NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 64.

10 ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

Nos casos em que houvesse consentimento da “mulher virgem ou viuva honesta” para a prática sexual (Título XXIII), as Ordenações determinavam que: “o homem, que dormir com mulher virgem per sua vontade, case com ella, se ella quiser, e se fôr convinavel”, desse modo, a superveniência do matrimônio isentava o acusado da reprimenda, visto que o casamento serviria para salvar a honra da mulher que havia sido deflorada.

Destarte, as Ordenações Filipinas orientaram de forma rígida e segregatória o Direito Penal brasileiro por mais de dois séculos, tendo sido, consoante leciona Noronha, o “Código de mais longa vigência em território brasileiro: regeu-nos de 1603 a 1830”¹¹, até que fosse, finalmente, sucedido pelo Código Criminal do Império.

2.2.2 Os crimes sexuais no período imperial

Em 1822, com a proclamação da Independência do Brasil, explana Garcia, “surgiu o problema da organização de leis novas, que substituíssem as obsoletas leis da metrópole”¹², irrompendo, por conseguinte, a necessidade de reformulação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, diante das novas demandas e realidades decorrentes da ruptura com o paradigma de submissão colonial, motivo pelo qual, relata Prado, “em 16 de dezembro de 1830, o Imperador D. Pedro I sancionava o Código Criminal do Império do Brasil, primeiro código autônomo da América Latina”¹³.

Nas palavras de Estefam, o primeiro Código Criminal do Brasil “representou enorme avanço em nosso direito positivo [...], saímos da ‘Idade das Trevas’ em matéria penal e, guiados pelos faróis do iluminismo, com as ideias de Beccaria e Bentham [...], ingressamos no grupo das nações vanguardistas em matéria legislativa”¹⁴.

Diferente das antigas Ordenações, que discorriam exaustivamente sobre os delitos e pormenorizavam casuisticamente as punições, esse Código sistematizou os tipos penais em 313 artigos, agrupando-os em 4 partes, de modo que a primeira delas tratava “*Dos Crimes e das Penas*”, a segunda “*Dos Crimes Públicos*”, a terceira “*Dos Crimes Particulares*” e a quarta parte, que discriminava as contravenções, era denominada “*Dos Crimes Policiais*”.

11 NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 65.

12 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 1. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 118.

13 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

14 ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

O Código Criminal do Império trouxe diversas inovações à disciplina legislativa penal da época, consoante exemplifica Lyra: a “individualização da pena, contemplando já os motivos do crime, [...] a fórmula da cumplicidade (codelinquência como agravante)”¹⁵, assim como a previsão de sanção para a tentativa e para a coautoria.

Outrossim, ensina Zaffaroni, foi introduzido o “sistema de 'penas fixas', tabuladas quase que matematicamente”¹⁶, que estabelecia três níveis de penalidades – *mínimo, médio e máximo* –, devendo-se ressaltar que os casos nos quais os réus eram condenados à pena de morte, reprimenda que era abundantemente aplicada nas Ordenações, foram substancialmente limitados.

Os ilícitos de natureza sexual passaram a ocupar espaço bastante reduzido, na terceira parte do Código, referente aos crimes particulares, no título II, que tipificava os delitos contra a segurança individual, inseridos nos capítulos II e III, que tratava “*Dos crimes contra a segurança da honra*” e “*Dos crimes contra a segurança do estado civil e domestico*”.

Entre os diversos crimes sexuais previstos nas Ordenações Filipinas, conservaram-se, apenas, o *estupro* (artigos 219-225) e o *rapto* (artigos 226-228), além dos ilícitos relacionados à família, quais sejam, a *Celebração do matrimônio contra as Leis do Império* (artigos 247-248), a *Poligamia* (artigo 249) e o *Adultério* (artigos 250-253).

O *estupro* era previsto por meio de sete diferentes disposições, dentre elas *Ter cópula carnal por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta* (artigo 222), que poderia ser punido com até 12 anos de prisão, sanção que era consideravelmente diminuída, para 2 anos, se a mulher violentada fosse prostituída.

Cumprе destacar, ainda, os delitos equivalentes à prática de ato libidinoso, diverso de conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça e a sedução, que eram retratados nos artigos 223 e 224 e descreviam, respectivamente, a “*offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a cópula carnal*” e a conduta de “*seduzir mulher honesta menor de dezessete annos, e ter com ella cópula carnal*”.

Além disso, havia previsão de ilícito semelhante ao atual estupro de vulnerável, que criminalizava o ato de “*deflorar mulher virgem, menor de dezessete annos*” (artigo 219). A sanção era aplicada consoante a gravidade das circunstâncias do crime e a qualificação do

15 LYRA, Roberto. **Introdução ao estudo do direito criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1946, p. 89.

16 ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 218.

agente, e poderia variar entre 1 e 3 anos de desterro para o autor do delito e de 8 meses a 2 anos para o cúmplice.

Assim como ocorria nas Ordenações, as penas previstas aos crimes sexuais, mesmo àqueles praticados com violência, não eram aplicadas ao réu que contraísse casamento com a ofendida, salvo nos casos de relações incestuosas, em que a união seria inviável em virtude do grau de parentesco.

2.2.3 Os crimes sexuais no período republicano

No início do período republicano, em decorrência das diversas mudanças econômicas e sociais,urgia a necessidade de reformulação da legislação penal, motivo pelo qual foi rapidamente elaborado e promulgado o Código Penal de 1890 que, após diversas reformas, foi substituído pela Consolidação das Leis Penais de 1932, que continha a redação do Código precedente somado às legislações extravagantes que lhe foram acrescentadas.

E foi, somente, em 1942, que entrou em vigor o atual Código Penal, legislação que também já sofreu inúmeras alterações, sobretudo no tocante aos delitos de natureza sexual, como será explanado no desenvolvimento deste estudo.

2.2.3.1 Os crimes sexuais no Código Penal de 1890

Em 1888, foi abolida a escravidão, fato que repercutiu diretamente na legislação penal da época, sobretudo no que tangia às penas cominadas aos delitos praticados pelos escravos, razão pela qual, ensina Martins, “Joaquim Nabuco sugeriu no parlamento imperial que fôsse reeditado o Código Criminal, expungindo-se do seu âmbito as disposições insubsistentes por força das condições sociais e econômicas, criadas pelo abolicionismo¹⁷.

Posteriormente, logo no ano seguinte, sobreveio a Proclamação da República, momento em que a reformulação das leis penais tornou-se ainda mais imperiosa e inadiável, motivo por que muitos autores, como Estefam, asseveram que a nova legislação “surgiu afoitamente, resultando num Código Penal repleto de defeitos e alvo das mais ácidas (e justas) críticas”¹⁸.

17 MARTINS, Salgado. **Sistema de Direito Penal Brasileiro**: Introdução e Parte Geral. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1957, p. 98.

18 ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

Por outro lado, é possível, com efeito, apontar avanços em determinadas esferas, haja vista que, como bem pontua Noronha, o primeiro Código republicano “procurou suprir lacunas da legislação passada. Definiu novas espécies delituosas. Aboliu a pena de morte e outras, substituindo-se por sanções mais brandas, e criou o regime penitenciário de caráter correccional”¹⁹.

Os delitos de natureza sexual foram abarcados no título VIII, do segundo livro do Código que tratava “*Dos crimes em espécie*”, e era denominado “*Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*”, no qual estavam descritos os crimes de *violência carnal, rapto, lenocínio, adultério ou infidelidade conjugal e ultraje público ao pudor*.

O estupro, então intitulado como *violência carnal*, era definido no artigo 266 como sendo o ato de “*Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral*”, de modo que incorreria nas mesmas penas, de 1 a 6 anos de “*prisão celular*”, aquele que “*corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem*”.

Da redação do artigo 268 do Código Penal de 1890, infere-se relevante avanço legislativo, isto porque passou a criminalizar a violência sexual praticada contra mulher independente do antigo critério de virgindade: “*Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta*”, contudo, manteve em sua redação a expressão “*mulher honesta*” e continuou a prever, em seu parágrafo 1º, circunstância atenuante para os casos em que o delito fosse praticado contra “*mulher publica ou prostituta*”.

Nesse patamar, a mesma concepção foi imprimida no artigo subsequente ao conceituar o estupro como sendo “*o acto pelo qual o homem abusa, com violencia, de uma mulher, seja virgem ou não*”, além disso, no mesmo dispositivo, o legislador incluiu a definição de violência:

Por violencia entende-se não só o emprego de força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anestheticos e narcoticos.

Foi definido, ainda, no artigo 272 do Código Penal de 1890, o conceito de presunção de violência: “*Presume-se commettido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 annos*”,

19 NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 69.

denominação esta que se conservaria na redação original do Código de 1940, embora esse patamar de idade fosse reduzido.

Houve, também, o estabelecimento de um novo rol de causas especiais de aumento no artigo 273 desse mesmo Código, que previa a majoração de um sexto da pena “*se o criminoso fôr ministro de qualquer confissão religiosa*” ou “*se fôr casado*”, ou, ainda, “*se fôr criado ou domestico da offendida, ou de pessoa de sua familia*”.

2.2.3.2 Os crimes sexuais na Consolidação das Leis Penais de 1932

Com o passar do tempo, explica Garcia, “diversos projetos surgiram, tendentes à substituição do Código Penal de 1890. Desde que foi promulgado, manifestou-se o propósito de substituí-lo”²⁰. Desse modo, e em virtude das inúmeras críticas que lhe eram desferidas, o Código foi sendo, nas palavras de Prado, “profundamente alterado e acrescido de inúmeras leis extravagantes tendentes a completá-lo”²¹.

Por essa razão, segundo Garcia, tendo em vista o “número avultado de leis que foram baixadas em complemento ao Código Penal de 1890, a excessiva quantidade de disposições, muito dificultavam a solução de problemas jurídicos. Era embaraçosa a sua consulta, árdua a obrigação de lidar com elas”²².

O novo corpo legislativo instituído em 1932 não objetivava, de plano, revogar o Código precedente ou substituí-lo, mas consistiu, de acordo com Pierangelli, em “uma compilação do texto do Código Penal de 1890 com todas as suas alterações posteriores”²³.

O autor ainda explica que:

[...] essas leis esparsas que visavam à retificação ou complementação do Código foram compiladas pelo Desembargador Vicente Piragibe, que as sistematizou em um corpo de dispositivos, recebendo o nome de Consolidação das Leis Penais, a qual passou a ser o novo estatuto penal do Brasil, oficializada que foi por decreto de 14 de dezembro de 1932²⁴.

No que tange aos delitos sexuais houve modestas alterações, como pequenas reformulações na redação de alguns tipos penais, a diminuição do *quantum* de algumas penas e a inclusão de circunstâncias anteriormente não previstas.

20 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 1. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 126.

21 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 127.

22 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 1. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 126.

23 ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

24 PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. Evolução Histórica. São Paulo: Editora Javoli, 1980, p. 10.

Cumpra somente destacar a inserção de dois novos parágrafos no artigo 266, que se refere à “*violencia carnal*”, visto que o primeiro deles diz respeito ao delito de “*Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 annos, induzindo-a à pratica de actos deshonestos, viciando a sua innocencia ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral*”.

E o segundo parágrafo, por sua vez, criminaliza aquele que “*Corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella, actos de libidinagem*”, de modo que, ambas as disposições, inauguraram nova categoria de proteção – isto é, de vulnerabilidade –, diante da determinação de tutela diferenciada também aos menores de 21 anos.

Contudo, em que pesem os avanços apontados, a referida Consolidação continuou prevendo o dispositivo de que “*não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento, a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou o aprazimento da offendida, si fôr maior*”, assim, o réu continuava isento da reprimenda se casasse com a vítima.

2.2.3.3 Os crimes sexuais na versão original do Código Penal de 1940

Após mais de cinco décadas de constantes reformas ao Código de 1890, em 1º de janeiro de 1942 entrou em vigor, no Brasil, um novo Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), o qual vigora até hoje e que, na época de sua promulgação, foi considerado, consoante Estefam, “como 'eclético', uma vez que teria logrado conciliar o pensamento neoclássico e o positivismo”²⁵.

No tocante a sua estrutura, o Código foi dividido entre a “*Parte Geral*”, que, nas palavras do supramencionado autor, se ocupa de “estabelecer regras gerais sobre a aplicação da lei penal, sobre o crime, as penas e medidas de segurança, a ação penal e a extinção da punibilidade”²⁶, e a “*Parte Especial*”, a qual, segundo Estefam, “possui como principal enfoque a descrição de condutas criminosas e a definição de suas respectivas penas”²⁷.

Os crimes sexuais estavam, originariamente, dispostos no Título VI, da parte especial do mencionado Código, que era denominado “*Dos crimes contra os costumes*”, o qual introduziu novas figuras penais no ordenamento jurídico como, por exemplo, a “*casa de*

25 ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

26 Idem, p. 76.

27 Ibidem, p. 76.

prostituição”, o “rufianismo”, o “tráfico de mulheres” e o curioso delito que proíbe o “escrito ou objeto obsceno”, a fim de criminalizar os atos de “Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno”.

O Código ainda trazia tipos penais, que foram posteriormente revogados, como a “sedução”, que consistia no ato de “seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”, e o crime de “rapto”, que dizia respeito a “raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso”.

Cabe ressaltar, também, que, na redação original do Código de 1940, havia, ainda, referência e, em alguns casos, exclusividade de proteção, à “mulher honesta” e à “mulher virgem”, expressões estas que foram, posteriormente – e de forma acertada –, abolidas da legislação penal.

As qualificadoras, então previstas no artigo 223, foram inovações que objetivaram aumentar as reprimendas relativas aos delitos sexuais praticados com violência, sendo culminadas penas de 4 a 12 anos, se da violência resultar lesão corporal de natureza grave, e de 8 a 20 anos, se resultar na morte da vítima.

A presunção de violência, que já estava prevista no Código anterior, foi modificada, uma vez que a idade mínima para se presumir a violência foi alterada de 16 para 14 anos, além disso, a presunção foi ampliada para os casos em que a vítima “é alienada ou débil mental; e o agente conhecia esta circunstância”, assim como quando a vítima “não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

2.2.3.4 Os crimes sexuais na Lei n. 12.015/2009

O Título VI da redação original do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), que era denominado “*Dos crimes contra os costumes*” e que tratava, sobretudo, dos ilícitos que envolvem abusos sexuais, foi modificado pela Lei n. 10.224/2001, que incluiu o crime de assédio sexual, e, ainda, pela da Lei n. 11.106/2005 que, dentre outras importantes reformas, revogou os crimes de “sedução” e “rapto”, eliminou a expressão “mulher honesta” do texto legal e, finalmente, suprimiu os incisos VII e VIII, do artigo 107, do Código Penal, que dispunham sobre a extinção da punibilidade nos casos em que a vítima cassasse com o agente ou com terceiros.

No entanto, foi por meio da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, que a legislação sofreu alterações substanciais, inclusive na própria nomenclatura do Título VI, que passou a ser designado “*Dos crimes contra a dignidade sexual*”, opção que se mostrou deveras apropriada, pois, além de se adequar mais propriamente ao vocabulário constitucional, evidencia a ideia de que, conforme Estefam, “o Direito Penal não se volta à proteção de regras puramente morais ou éticas, mas notadamente à defesa de bens jurídicos”²⁸.

Além disso, a Lei n. 12.015/2009 conferiu uma nova configuração aos capítulos do Título VI e modificou a redação de diversos tipos penais como a *corrupção de menores* e a *posse sexual mediante fraude*, que passou a ser intitulado de *violência sexual mediante fraude*.

A referida Lei inovou, ainda, ao criar novos tipos penais, como os delitos de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*, previsto no artigo 218-A, e de *favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável*, disposto no artigo 218-B.

Alguns ilícitos penais foram unificados dando origem a novas tipificações, como os delitos que descreviam o *tráfico de mulheres* e o *tráfico internacional de pessoas*, os quais passaram a vigorar no artigo 231, como *tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual* e no artigo 231-A, como *tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual*.

Outra alteração, de fundamental importância, foi a fusão promovida entre os delitos de *estupro* (artigo 213) e de *atentado violento ao pudor* (artigo 214), que acresceu ao crime de estupro também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, de modo a reformular a redação prevista no *caput* do artigo 213 para: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”.

Na legislação vigente antes da reforma, a presunção de violência, que era prevista no artigo 224, costumava ser cumulada com os ilícitos de *estupro* (artigo 213) ou *atentado violento ao pudor* (artigo 214), nos casos em que a vítima fosse menor de 14 anos, apresentasse debilidades mentais ou quando, por outra causa, não pudesse oferecer resistência.

28 ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**. Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19

No entanto, após as modificações realizadas por meio da supramencionada Lei, surgiu uma nova figura denominada “*estupro de vulnerável*”, com a configuração típica própria, a qual está prevista no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, com a seguinte redação:

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 [...].

Desse modo, a polêmica expressão “presunção de violência”, que causava divergências de entendimento, diante da dificuldade de caracterização da presunção como relativa ou absoluta, foi substituída por “vulnerabilidade”, conceito que permanece controverso por não haver concordância na doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de sua relativização ou não no caso concreto.

Cumprе ressaltar, ainda, como bem pontuou Capez, que, na alteração da redação legal, o legislador “incorreu em grave equívoco, na medida em que se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP”²⁹, ou seja, se o estupro for praticado mediante o emprego de violência ou grave ameaça, o agente não incorrerá na qualificadora prevista no § 1º, do artigo 213, do Código Penal³⁰, pois o dispositivo contempla somente as vítimas maiores de 14 anos.

2.3 A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO

2.3.1 A dignidade da pessoa humana como princípio norteador do Estado democrático de direito

Primeiramente, cumpre pontuar que a concepção de dignidade e, nas palavras de Sarlet, “do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão”³¹, uma vez que os cristãos creem que o homem (e a mulher) foram criados à imagem e semelhança de Deus e que, por meio da Encarnação e Redenção de Nosso Senhor

29 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.83.

30 Art. 213, § 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”.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32

Jesus Cristo, assumiram a filiação divina, pela qual se tornaram filhos e filhas de Deus e, por conseguinte, possuidores de inalienável dignidade³².

Nesse patamar, a Doutrina Social da Igreja Católica ensina que uma “sociedade justa pode ser realizada somente no respeito pela dignidade transcendente da pessoa humana. Esta representa o fim último da sociedade [...] Em nenhum caso a pessoa humana pode ser instrumentalizada para fins alheios ao seu mesmo progresso”³³.

No entanto, o atual conceito de dignidade da pessoa humana, como princípio norteador do Estado democrático (laico) de Direito, não parece repousar mais sobre tais preceitos religiosos, mas é delineado, sobretudo, por meio de fundamentos filosóficos secularizados, que foram historicamente desenvolvidos por diversos pensadores como Hegel, Dworkin, Habermas, destacando-se, como expoente no assunto, Immanuel Kant, o qual leciona que:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento [*Affektionspreis*]; mas o que se faz condição para coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.³⁴

Dessarte, parafraseando Kant, Sarlet expõe que, a autonomia da vontade é o fundamento da dignidade humana, pois, por consistir na “faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais”,³⁵ definição que correlaciona diretamente liberdade, racionalidade e dignidade, de modo a caracterizar a dignidade como predicado exclusivo dos seres humanos e, por considerar a pessoa sempre como um fim – jamais como meio –, “repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”³⁶.

No contexto jurídico internacional relacionado ao direito positivo, a dignidade da pessoa humana foi, originariamente, conforme lecionam Marcão e Gentil, “mencionada na

32 Compêndio do Catecismo da Igreja Católica, n. 358. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_po.html>. Acesso em: 16 set 2014.

33 Compêndio da Doutrina Social da Igreja Católica, n. 132-133. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html>. Acesso em: 16 dez 2014.

34 KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

35 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.

36 Idem, p. 40.

Carta das Nações Unidas, de 1945, e, logo mais, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, na qual se vê associada à razão e à consciência³⁷, além de ter sido positivada em diversos outros instrumentos legais como nas Constituições da Itália (1948) e da Alemanha (1949) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (1978).

No Brasil, foi, somente, na Constituição de 1988 que o princípio da dignidade da pessoa humana foi recepcionado, como fundamento do nosso Estado democrático de Direito, no seu artigo 1º, III³⁸, sendo doutrinariamente concebido, nas palavras de Silva, como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”³⁹, uma vez que, consoante Fernandes, “irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário”⁴⁰.

Além da disposição expressa do princípio no artigo 1º, III, da Carta Magna, Sarlet explica que a dignidade da pessoa humana também está prevista em

[...] outros capítulos de nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*) [...]. Assim, antes tarde do que nunca - pelo menos ainda antes da passagem para o terceiro milênio -, a dignidade da pessoa humana e, nesta quadra, a própria pessoa humana, mereceram a devida atenção por parte da nossa ordem jurídica positiva.⁴¹

As legislações infraconstitucionais, de igual modo, acolheram o princípio, como, por exemplo, a Lei de Execuções Penais, que dispõe, no seu artigo 28, *caput*, que: “*O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva*” e, ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que preceitua, no seu artigo 15, *caput*, que: “*A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis*”.

37 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

38 Art. 1º 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: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

39 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 105.

40 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 298.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 70.

Nesse sentido, Barroso afirma que, dentre as suas diversas atribuições, o princípio da dignidade da pessoa humana “identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”, o qual se relaciona “tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência”⁴².

Para Nucci, no entanto, esse princípio se edifica a partir de dois diferentes enfoques: o objetivo, que “abrange a segurança do *mínimo existencial* ao indivíduo, que precisa ver atendidas as suas necessidades básicas para a sobrevivência, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social”⁴³; e o subjetivo, o qual se distingue pelo “sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, destacando-se como indivíduo, desde o nascimento até o final de sua trajetória, durante a qual forma sua personalidade e relaciona-se em comunidade”⁴⁴, que igualmente merece atenção da tutela estatal.

Portanto, consoante o autor, o princípio da dignidade da pessoa atua em todos os âmbitos da vida humana, com o propósito de tutelar a livre manifestação de vontade e o efetivo exercício da liberdade individual, de modo que:

O respeito à dignidade humana conduz e orchestra a sintonia das liberdades fundamentais, pois estas são os instrumentos essenciais para alicerçar a autoestima do indivíduo, permitindo-lhe criar seu particular mundo, no qual se desenvolve, estabelece laços afetivos, conquista conhecimento, emite opiniões, expressa seu pensamento, cultiva seu lar, forma família, educa filhos, mantém *atividade sexual*, satisfaz suas necessidades físicas e intelectuais e se sente, enfim, imerso em seu próprio *casulo*.⁴⁵

Com efeito, para que se torne possível a incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana ao nosso ordenamento jurídico, é imperioso que seja concebido como fundamento basilar nos diversos âmbitos do direito, a fim de promover a implementação de mecanismos auxiliares de caráter programático e, assim, viabilizar a sua efetivação na aplicação dos casos concretos.

2.3.2 O conceito de dignidade sexual como bem jurídico derivado da dignidade da pessoa humana

42 BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 178-179.

43 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

44 Idem, p. 31.

45 Ibidem, p. 31.

A reforma legislativa levada a efeito pela Lei n. 12.015/2009 modificou substancialmente as disposições contidas no Título VI do Código Penal, pois alterou, sobretudo, o entendimento que se conservava acerca dos bens jurídicos a serem tutelados por meio da tipificação de condutas relacionadas às práticas sexuais, mudança que se refletiu até mesmo na nomenclatura do excerto legal, que era designado “*Dos crimes contra os costumes*” e passou a ser denominado como “*Dos crimes contra a dignidade sexual*”.

Nos diversos ramos do direito, é de substancial importância a clara elucidação do bem jurídico que se pretende tutelar por meio de determinada norma legal. Sobre a questão (como será retomado no último item do quarto capítulo deste trabalho), Martinelli esclarece que, especificamente, no campo do Direito Penal – considerado “a *ultima ratio* do ordenamento jurídico”⁴⁶ –, a sua identificação torna-se imprescindível, visto que só “há crime quando existir um bem jurídico relevante que mereça a proteção penal”⁴⁷.

Por isso, a modificação terminológica do Título VI não foi meramente conceitual, mas tentou traduzir uma nova compreensão acerca da natureza dos crimes sexuais que, no dizer de Greco, “embora não seja isenta de críticas, tem o mérito de evidenciar o deslocamento do objeto central de tutela da esfera da moralidade pública para a do indivíduo”⁴⁸.

O legislador optou por classificar a dignidade sexual, segundo Greco, como “uma das espécies do gênero dignidade da pessoa humana”⁴⁹, de modo que a reformulação legislativa, conforme Mirabete e Fabbrini, “reconheceu a primazia do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bens merecedores de proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade”⁵⁰.

Nesse sentido, a reforma, dentre outros avanços, promoveu, de acordo com estes autores,

[...] um tratamento igualitário entre homens e mulheres como sujeitos passivos dos crimes sexuais; procurou-se intensificar, pela disciplina em capítulo específico, a proteção dos menores de 18 anos, em especial os menores de 14 anos, contra os efeitos deletérios que os crimes sexuais provocam sobre a sua personalidade ainda em formação, estendendo-se essa especial proteção a outras pessoas particularmente vulneráveis em decorrência de outras causas como a enfermidade ou deficiência

46 MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dignidade e Liberdade Sexual: o Objeto de Tutela nos Crimes Sexuais e a Exploração Sexual. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 99-128, abr./maio 2014, p. 102.

47 Idem, p. 101.

48 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. II. 11ª Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 455.

49 Idem, p. 455.

50 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 402.

mental; ampliou-se a repressão a outras formas de exploração sexual além da prostituição etc.⁵¹

Dessa forma, a alteração do texto legal influenciou, inclusive, na amplitude e dimensão da tutela da dignidade sexual, uma vez que, consoante D'Elia, “a **dignidade humana deve vincular de forma imperativa quaisquer órgãos, atividades e funções estatais**, impondo-lhes o dever de respeito e proteção, o que justifica a forma como se dá a atuação Estatal nos crimes contra a dignidade sexual”⁵², logo, através do desenvolvimento dos mecanismos de proteção da dignidade sexual, promove-se, de igual modo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3.3 A dignidade sexual como bem juridicamente tutelado

A dignidade sexual, em todas as suas esferas, é tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro, isto é, tanto pela Constituição Federal – da qual emana o seu fundamento como bem jurídico, uma vez que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana – , quanto pela legislação infraconstitucional, com especial destaque para o Código Penal e para o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No Código Penal, a dignidade sexual é tutelada por meio dos delitos previstos no Título VI, tais como o *estupro* (artigo 213), o *assédio sexual* (216-A), o *estupro de vulnerável* (217-A), a *mediação para servir a lascívia de outrem* (artigo 227), a *casa de prostituição* (artigo 229), o *rufianismo* (artigo 230), o *tráfico internacional e interno de pessoas para fins sexuais* (artigo 231 e 231-A), o *ato obsceno* (artigo 233) e o *escrito ou objeto obsceno* (artigo 234).

No tipo penal de estupro, por exemplo, previsto no artigo 213, *caput*, do Código Penal, a dignidade sexual resulta protegida por meio da tutela da liberdade sexual, que consiste, basicamente, segundo Martinelli, no “direito à autodeterminação sexual. Ou seja, o direito a desenvolver a atividade sexual conforme sua vontade, desde que respeitados os direitos de terceiros”⁵³.

51 Idem, p. 402.

52 D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014, p.115. (grifo do autor)

53 MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dignidade e Liberdade Sexual: o Objeto de Tutela nos Crimes Sexuais e a Exploração Sexual. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 99-128, abr./maio 2014, p. 104.

Por outro lado, o tipo penal de estupro de vulnerável não pretende, propriamente, tutelar o direito à liberdade sexual, mas, no dizer de Martinelli, intenta resguardar “a dignidade sexual contra lesões provenientes da falta de capacidade para discernimento sobre comportamentos libidinosos”⁵⁴, uma vez que vítimas vulneráveis necessitam de proteção diferenciada diante da ausência de discernimento.

Bitencourt, no mesmo sentido, explica que nos delitos praticados contra vulneráveis,

[...] 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, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger, mais que a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz (que, sabidamente, não existe nessa hipótese), a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual⁵⁵.

Nesse sentido, cumpre destacar, ainda, que a criminalização de condutas relacionadas ao abuso e à exploração sexual de crianças e adolescentes não se limita àquelas tipificadas no Código Penal, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente – importante instrumento legislativo que regulamentou a doutrina da proteção integral, fundamentada no artigo 227 da Constituição Federal⁵⁶ –, também prevê sanções criminais a delitos praticados contra crianças e adolescentes na esfera dos crimes contra a dignidade sexual.

Destacam-se, nesse âmbito, os artigos 240 a 241-E, do Título VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, denominado “*Dos Crimes e Das Infrações Administrativas*”, que são destinados a tutelar a dignidade sexual das crianças e dos adolescentes no tocante à pornografia infanto-juvenil, com a finalidade de, nas palavras de Cury, “aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, através da criminalização da aquisição e posse de tal material e de outras condutas relacionadas à pedofilia na *internet*”⁵⁷.

2.4 A CARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

2.4.1 Conceito de crime contra a dignidade sexual

54 Idem, p. 107.

55 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97.

56 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.

57 CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais. São Paulo: Malheiros, 2013.

Os crimes contra a dignidade sexual, consoante Nucci, são aqueles por meio dos quais se objetiva “proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência”⁵⁸.

A criminalização das condutas descritas como delitos sexuais justifica-se, portanto, no dizer de Mirabete e Fabbrini, no sentido de garantir 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”⁵⁹.

É por isso que, explica Nucci, os crimes sexuais são ilícitos de natureza grave, “por abranger a lesão múltipla a bens jurídicos de crucial relevância, tais como a liberdade, a integridade física, a honra, a saúde individual e, em último grau, a vida”⁶⁰, o que implica reconhecer que eles podem acarretar consequências físicas irremediáveis e sofrimento psicológico profundo às vítimas.

Por essa razão, delitos como o *estupro* e o *estupro de vulnerável* são considerados crimes hediondos, porquanto previstos, respectivamente, nos incisos V e VI, do artigo 1º, da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.

2.4.2 Elementos caracterizadores dos crimes contra a dignidade sexual

De um modo geral, os crimes contra a dignidade sexual caracterizam-se, sobretudo, pelo objeto do delito que, nas palavras de Marcão e Gentil, na maioria dos casos, “é o próprio corpo da vítima, o qual [...] é empregado para satisfazer a libido de outrem”⁶¹, ferindo, assim, segundo Bitencourt, “a *liberdade sexual* da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais”⁶².

Nesse patamar, diante das particularidades que envolvem os crimes sexuais, Marcão e Gentil afirmam que, no âmbito dos processos judiciais criminais, “considerando que a natureza dos fatos a serem apresentados nos autos é capaz de provocar desnecessários e

58 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

59 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 402-403.

60 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 43.

61 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

62 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

indesejáveis constrangimentos às partes envolvidas”⁶³, o legislador optou por estabelecer, no *caput* do artigo 234-B, “o segredo de justiça como regra para os feitos em que foram apurados crimes contra a dignidade sexual”⁶⁴, a fim de preservar a honra, a intimidade e a imagem, tanto da vítima, quanto do acusado, durante todo processamento do feito.

Além disso, a maneira peculiar de execução desses ilícitos influencia na relevância conferida à prova oral na prolação das decisões, uma vez que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos delitos de natureza sexual, “normalmente cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima assume fundamental importância à elucidação dos fatos e é capaz de fundamentar a sentença condenatória quando em consonância com as demais provas dos autos”⁶⁵.

2.4.3 As espécies de crimes contra a dignidade sexual

O Título VI do Código Penal, no qual a dignidade sexual é protegida por meio das tipificações dos crimes sexuais, é subdividido em tutelas mais específicas, quais sejam, os “*crimes contra a liberdade sexual*”, “*crimes sexuais contra vulneráveis*”, “*lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição e outra forma de exploração sexual*” e “*ultraje público ao pudor*”.

O primeiro capítulo do referido Título abrange os “*crimes contra a liberdade sexual*”, isto é, o *estupro* (artigo 213), a *violação sexual mediante fraude* (artigo 215) e o *assédio sexual* (artigo 216-A), delitos estes que são praticados mediante coação física – cometidos por meio de violência ou ameaça –, ou psicológica da vítima que, apesar de não consentir conscientemente com a prática sexual, não consegue resistir às investidas do agente.

Enquanto o *assédio sexual*, consoante Estefam, “é crime próprio, porquanto somente pode praticá-lo o superior hierárquico ou pessoa com ascendência laboral ou funcional em relação à vítima”⁶⁶, o *estupro* e a *violação mediante fraude* são delitos comuns, pois podem ser praticados por qualquer agente e, depois das diversas alterações já mencionadas sofridas pela legislação, também, contra qualquer pessoa, ou seja, no dizer de Jesus, “não importa se se trata de virgem ou não, prostituta (o) ou honesta (o), pessoa casada, solteira, separada de

63 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 444.

64 Idem, p. 444.

65 BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2014.039579-9, Rel. Desembargador Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, julgado em 15/07/2014.

66 ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

fato, viúva ou divorciada, velha ou jovem, liberada ou recatada”⁶⁷, desde que a vítima não seja vulnerável, pois, senão, caracterizaria os crimes previstos no capítulo II.

No segundo capítulo, que aborda os delitos sexuais praticados contra vulneráveis, pretende-se tutelar, de modo geral, nas palavras de Marcão e Gentil, “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”⁶⁸.

Para tanto, o legislador estabeleceu os tipos penais relativos ao *estupro de vulnerável* (artigo 217-A), à *corrupção de menores* (artigo 218), à *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente* (artigo 218-A) e ao *favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável* (artigo 218-B), possuindo os três primeiros crimes, como sujeito passivo, as crianças e os adolescentes menores de 14 anos, além das pessoas 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”, e o *favorecimento da prostituição* estende-se, ainda, aos maiores de 14 anos e menores de 18 anos.

O terceiro capítulo foi completamente revogado, por força da Lei 11.106/2005, a mesma que revogou ilícitos como a *sedução* e o *adultério*, de modo que o crime de *rapto* teve seu conteúdo deslocado para os incisos IV e V, do parágrafo 1º, do artigo 148, do Código Penal, como hipóteses qualificadoras dos delitos de *sequestro* e *cárcere privado*.

Ademais, os capítulos IV e VII tratam, apenas, de disposições gerais, consistentes em causas de aumento de pena e na definição da ação penal pública cabível aos crimes previstos nos capítulos I e II, que é, em regra, condicionada à representação, salvo nos casos que envolvem vítimas menores de 18 anos ou vulneráveis, oportunidades em que será incondicionada.

O capítulo IV, por sua vez, dispõe sobre o *lenocínio* e o *tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual*, abrangendo os delitos de *mediação para servir a lascívia de outrem* (artigo 227), de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual* (artigo 228), de *casa de prostituição* (artigo 229), de *rufianismo* (artigo

67 JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 888.

68 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.

230), do *tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual* (artigo 231) e do *tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual* (artigo 231-A).

A respeito dos crimes supramencionados, Estefam pontua que a “**prostituição**, ou seja, o comércio carnal, **não configura**, de per si, **delito**”⁶⁹, mas o que se pretende criminalizar é a exploração sexual, visto que se intenta punir “criminalmente comportamentos que embora não direcionados à satisfação da própria concupiscência, incentivam terceiros a se entregar ilicitamente à prática de atividades sexuais”⁷⁰.

Por fim, tem-se o capítulo VI que abarca os delitos de *ato obsceno* (artigo 233) e de *escrito ou objeto obsceno* (artigo 234), os quais são definidos como crimes “*do ultraje público ao pudor*”, que, no dizer de Nucci, exprimem a “afronta ocorrida à vista de pessoas em relação à vergonha. [...] Urge denominá-los crimes vagos, cuja *vítima* é a sociedade”⁷¹.

O tipo penal previsto no artigo 234, isto é, o *escrito ou objeto obsceno*, segundo o autor supramencionado, “atingido e consumido pela inconstitucionalidade, ao esbarrar e afrontar a liberdade de expressão, ou pela inviabilidade prática, ao se deparar com a completa falta de interesse da sociedade e do Estado em verificar eventuais casos de obscenidades nesse campo”⁷².

À vista disso, cabe, agora, analisar de forma pormenorizada os delitos contra a dignidade sexual praticados especificamente contra vítimas vulneráveis.

3

69 ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96 (grifo do autor).

70 Idem, p. 95.

71 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 206.

72 Idem, p. 214-215.

. A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo trata da vulnerabilidade nos crime contra a dignidade sexual.

Primeiramente, tratar-se-á da caracterização da vulnerabilidade, isto é, do seu conceito, dos elementos que a integram e dos fatores que influenciam a sua delineação no contexto social.

Na sequência, pontuar-se-ão as distinções relativas à presunção de violência, que era prevista na redação original do artigo 224 do Código Penal, atualmente revogado, e à noção de vulnerabilidade contida na redação do novo artigo 217-A do Código Penal, inaugurado pela Lei n. 12.015/2009, apontando os reflexos dessas distinções na caracterização dos crimes contra a dignidade sexual.

Por fim, no terceiro momento, far-se-á uma síntese dos diversos tipos penais incriminadores de condutas contrárias à dignidade sexual de vítimas vulneráveis descritos no atual Código Penal brasileiro.

3.2 A CARACTERIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

3.2.1 O conceito de vulnerabilidade

A ideia de vulnerabilidade é bastante ampla, motivo por que é conceituada em diversas áreas do conhecimento, cumprindo-se destacar a relevante definição conferida pela Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde, em que a vulnerabilidade é concebida como o

[...] 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.⁷³

73 Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf>. Acesso em: 8 dez 2014.

Diante da fragilidade a que estão submetidos, aos vulneráveis, em quaisquer esferas, deve ser despendido tratamento diferenciado, a fim de que lhes seja assegurada isonomia em relação aos demais, dado que este princípio consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Nesse sentido, é necessário resguardar-lhes da exploração, por terceiros, que possa gerar lesão a bens jurídicos relevantes, pois, muito embora os vulneráveis acreditem agir com discernimento, não possuem capacidade de consentimento para certos atos, conforme explana Martinelli, “ausente a autonomia para decidir sobre comportamentos relevantes, estes poderão ser prejudiciais à pessoa vulnerável, pois não há capacidade para compreender e refletir, devidamente, sobre o caso”⁷⁴.

Ao tratar do consentimento, Martinelli elegeu três requisitos que ponderou indispensáveis para reputá-lo válido, isto é, isento de vícios, quais sejam: “(1) autonomia para dispor do bem jurídico; (2) consciência das prováveis consequências do ato para o qual se consente; (3) disponibilidade do bem jurídico”⁷⁵.

Nesse sentido, para ser capaz de consentir, de acordo com o autor, o indivíduo precisa, em síntese, estar apto a “discernir e ser livre para agir conforme sua consciência”⁷⁶, assim como deve compreender claramente os riscos e as possíveis consequências inerentes à aceitação do comportamento perigoso.

Para Estefam, os vulneráveis são aqueles que “não têm, por qualquer causa, capacidade de resistir”⁷⁷, ou seja, em razão de fragilidade própria, ou em virtude das circunstâncias, determinados indivíduos não são capazes de resistir às investidas de terceiros que, mediante constrangimento moral, físico ou psicológico, os coagem a praticar atos que lhes possam ser prejudiciais.

Ao tratar da conceituação de vulnerabilidade, Marcão e Gentil lecionam que:

Incapaz de oferecer resistência é quem não pode fazer oposição eficiente à conduta do sujeito ativo. Essa incapacidade pode ser prematura ou temporária, duradoura ou ligeira, motivada por causas naturais ou provocada. Se a pessoa está nessa condição, é considerada vulnerável⁷⁸.

74 MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual*. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 68, p. 7-24, jun./jul. 2011, p. 8.

75 *Idem*, p. 14.

76 *Ibidem*, p. 14.

77 ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

78 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

Giorgis, por sua vez, denomina as pessoas vulneráveis, de forma mais ampla, como “seres de relativa ou absoluta incapacidade de proteger seus proveitos ou que não tenham poder, inteligência, educação, recursos, forças ou outros atributos necessários a garantir suas conveniências”⁷⁹, de modo que, para o autor, a vulnerabilidade “manifesta uma relação assimétrica entre o fraco e o forte, o que demanda um compromisso eticamente adequado de que o mais poderoso proteja o mais fraco”⁸⁰.

No âmbito jurídico, pode-se citar, como exemplo de mecanismo de proteção ao vulnerável, o inciso I, do artigo 4º, do Código de Defesa Consumidor⁸¹, que elege como princípio a proteção diferenciada do consumidor nas relações de consumo, em vista de sua vulnerabilidade.

De igual modo, o Direito Penal também assegura tutela especial aos vulneráveis, sobretudo no que tange às vítimas de delitos de natureza sexual, expressos no Título VI do Código Penal, que trata “*Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*”, os quais serão melhor discriminados a seguir.

3.2.2 Os elementos que integram o conceito de vulnerabilidade

A identidade do vulnerável, para a prática de atos sexuais, na esfera jurídica, foi sendo gradativamente modificada no decorrer da evolução do Direito Penal brasileiro, tendo a legislação sofrido adaptações ao contexto sócio-cultural e aos costumes de cada tempo.

Como foi anteriormente explanado com maior profundidade, no Código Criminal do Império – o qual sucedeu as Ordenações Filipinas em matéria penal e que foi o primeiro a prever, de fato, tipos penais razoavelmente delimitados –, eram reputadas vulneráveis para práticas sexuais, de acordo com o artigo 219 do referido diploma legal, apenas, as mulheres menores de dezessete anos de idade.

Posteriormente, com o advento do Código Penal de 1890, passou-se a se presumir o uso de violência nos atos sexuais praticados com crianças ou adolescentes menores de

79 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, p. 31.

80 Idem, p. 33.

81 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 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 [...].

dezesseis anos, além de terem surgido novos tipos penais como a sedução e o rapto, nos quais também eram tuteladas as mulheres menores de vinte e um anos.

Atualmente, com as alterações promovidas pela Lei 12.015/2009, a ideia de presunção de violência, que permaneceu inalterada desde a redação original do Código Penal de 1940, foi substituída pela concepção de vulnerabilidade, motivo por que o Capítulo II, do Título VI, do Código Penal, passou a adotar o título de “*Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável*”, composto pelos tipos penais dispostos entre os artigos 217-A e 218-B.

Nesse patamar, Martinelli sintetiza que, de acordo com o artigo 217-A do Código Penal, são vulneráveis para a prática de atividade sexual: “(a) o menor de 14 anos; (b) quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (c) ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”⁸².

Às crianças e aos adolescentes menores de quatorze anos a proteção é justificada por não possuírem discernimento para a prática sexual, uma vez que, segundo o autor, “são sujeitos que se encontram em fase de maturação. Ainda não possuem capacidade plena para algumas iniciativas, por isso merecem ampla tutela do Estado”⁸³.

No entanto, a despeito da redação do *caput* do artigo 217-A, que elege como vulneráveis, em razão da idade, apenas os menores de quatorze anos, o legislador utilizou-se do mesmo vocábulo para tratar da proteção às vítimas menores de dezoito anos em outros delitos, conforme explica Bitencourt: “Na realidade, o legislador fez uma grande confusão com a *idade vulnerável*, ora refere-se a menor de quatorze anos (arts. 217-A, 218 e 218-A), ora a menor de dezoito (218-B, 230, § 1º, 231, § 2º, I, 231-A, § 2º, I)”⁸⁴.

Por essa razão, de acordo com o referido autor, pode-se inferir do texto legal, no que se refere à idade da vítima, a existência de duas categorias distintas de vulneráveis, pois, embora o legislador “não tenha sido expreso, trabalhou com *duas espécies de vulnerabilidade*, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito)”⁸⁵, classificação que é denominada por Pierangeli e Souza como “vulnerabilidade mitigada”⁸⁶.

82 MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual*. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 68, p. 7-24, jun./jul. 2011, p. 15.

83 Idem, p. 14-15.

84 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94 (grifo do autor).

85 Idem, p. 94 (grifo do autor).

86 PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes Sexuais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 85.

Ademais, D'Elia⁸⁷ trata ainda da extensão da proteção legal aos maiores de dezoito anos, ou maiores de quatorze e menores de dezoito anos, nos crimes relacionados à prostituição e ao tráfico de pessoas, que, segundo o autor, decorre da adesão do Brasil ao Aditivo ao Protocolo de Palermo, que foi recepcionado por meio do Decreto n. 5.017, de 12 de Março de 2004⁸⁸, o qual dispõe que o consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas será reputado irrelevante quando essa estiver submetida à situação de vulnerabilidade.

Essa espécie de vulnerabilidade dar-se-á, então, por um vício de consentimento, gerado pela imersão da vítima em uma situação de hipossuficiência econômica, social ou psicológica, de modo que a própria fragilidade em que se encontra a tornaria mais vulnerável à exploração sexual por terceiros, portanto, consoante conclui D'Elia, “a colocação da vulnerabilidade como vício do consentimento dá azo ao surgimento de uma condição de vulnerabilidade que fundamenta a própria existência do crime”⁸⁹.

Isto é, o fato de certo indivíduo encontrar-se em uma condição desfavorecida, por qualquer razão, pode compeli-lo a consentir com atos que, em circunstâncias normais, não consentiria, logo, a vulnerabilidade (social, econômica, psicológica) é capaz, também, de ocasionar a vulnerabilidade sexual.

Cumprе destacar, ainda, a condição de vulnerabilidade de pessoas que, por enfermidade ou doença mental, não têm o necessário discernimento para a prática de atos sexuais, de modo que a caracterização da deficiência, nas palavras de Pierangeli e Souza, “exigirá do julgador uma adequada e cuidadosa apreciação, não sendo de se desprezar uma perícia”⁹⁰.

Embora possa parecer simples a verificação da vulnerabilidade por enfermidade ou doença mental, porquanto, em tese, pode ser determinada pela perícia, de acordo com os autores supracitados, “não basta uma afirmação médica abstrata de uma moléstia ou anomalia. Exige-se mais do perito: exige-se a afirmação de que a enfermidade ou deficiência mental impedia a vítima de se autodeterminar, e de oferecer resistência ao agente”⁹¹, visto que essa limitação priva totalmente o deficiente de se relacionar sexualmente.

87 D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014, p. 138.

88 BRASIL. Decreto n. 5.017, de 12 de Março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 23 dez 2014.

89 D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014, p. 140.

90 PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes Sexuais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 58.

91 Idem, p. 59.

O excerto legal, na maneira como foi redigido, é fortemente criticado por diversos autores, como Bitencourt, o qual considera que, ao invés de proteger,

[...] o legislador violou a própria dignidade de pessoas diferenciadas, tratando-as indignamente, ao ignorar seus direitos à sexualidade, e, especialmente, ao seu livre exercício, que também é assegurado constitucionalmente; desconheceu que elas, como seres humanos, são portadoras de aspirações e sentimentos próprios de seres dessa natureza, que buscam, dentro de suas limitações, levar uma vida dentro da normalidade possível. Como efeito, em todas as oportunidades em que se refere a enfermos e deficientes mentais, ignora o legislador que eles também podem sentir as mesmas emoções, as mesmas necessidades sexuais que sentem seus demais semelhantes não portadores de tais deficiências⁹².

Por fim, deve-se proteção diferenciada, ainda, àquelas pessoas que, por quaisquer causas, diversas das já mencionadas, não podem oferecer resistência, consoante expõem Mirabete e Fabbrini:

A última fórmula legal abrange tanto as pessoas que se encontram em estados permanentes ou episódicos de supressão de consciência ou vontade (coma, desmaio, anestesia, hipnose etc.) como aqueles que, embora presente o dissenso interior, se encontram incapacitadas de atuar a sua vontade de se opor à conduta do agente (hemiplegia, drogas que paralisam etc.)⁹³

Desse modo, as circunstâncias que envolvem a prática sexual devem desfavorecer o exercício da livre manifestação sexual da vítima, uma vez que, segundo Pierangeli e Souza, “a incapacitação não precisa ser absoluta, sendo suficiente que seja relativa, mas é indispensável que o estado ou incapacidade possibilite ou pelo menos facilite o ato sexual abusivo”⁹⁴.

Delineada a identidade da pessoa considerada vulnerável para a prática sexual, cumpre abordar, então, os fatores que influenciam na construção do padrão de vulnerável delimitado pelo legislador.

3.2.3 Fatores sociais e culturais que influem no conceito de vulnerabilidade

O conceito de vulnerabilidade, sobretudo no que tange à idade da vítima, modifica-se a cada geração, influenciado por diversos fatores, pois a sexualidade não é um tema simples, inerte, estático, mas, como bem pontuou Führer, “são milênios de idas e vindas, voltas e revoltas. Nada é permanente. A Natureza e o homem travam uma luta eterna. A criatura

92 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

93 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 29ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 414.

94 PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes Sexuais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 59.

combate o Criador, na esperança de assumir a criação. 'Paz' é uma palavra que não existe em matéria de sexo”⁹⁵.

A sexualidade humana, nas mais variadas culturas e civilizações, costuma ser influenciada diretamente pelas crenças, pelas religiões e pelos costumes dos povos, de modo que, conforme explica D'Elia, se desenvolve “de acordo com a moral empregada à época, tratando-se, pois da moral sexual. E o impacto da moral na sociedade e, portanto, no direito, torna-se mais evidente ao passo que se depreende que a própria liberdade dos indivíduos recebe limitação social”⁹⁶.

Nesse sentido, esse mesmo autor explana que a “cultura, os hábitos, os valores de cada sociedade influenciam sobremaneira a definição do que é permitido e do que é proibido em matéria sexual”⁹⁷, o que reflete diretamente no âmbito da criação das leis e normas, as quais se submetem ao padrão de sexualidade construído socialmente, de modo que “o Direito penal acaba por ser acionado de acordo com as oscilações valorativas de cada sociedade”⁹⁸.

No presente estudo, portanto, a análise de tais influências é bastante pertinente em relação à definição da faixa etária – atualmente fixada no patamar de 14 anos –, que estabelece a idade limite a partir da qual a prática sexual abandona o seu caráter de ilícito penal hediondo, que atenta contra a dignidade sexual de uma criança ou adolescente, e converte-se em um comportamento penalmente atípico e materialmente irrelevante no âmbito do Direito Penal.

Sobre o tema, é pertinente pontuar que estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁹⁹ revelam que a iniciação sexual dos adolescentes ocorre cada vez mais cedo. De acordo com dados da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar, realizada no ano de 2009, aproximadamente 30,5% dos escolares (de 13 a 15 anos) já mantiveram relação sexual alguma vez.

Além das conhecidas consequências socialmente negativas da prematura iniciação sexual dos jovens, como a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis e a gravidez

95 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 116.

96 D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014, p. 27.

97 Idem, p. 22.

98 Ibidem, p. 22.

99 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar**. 2009. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pense/pense.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2014.

precoce e indesejada, decorrentes da falta de maturidade para a prática sexual responsável, a hiperssexualização das crianças e adolescentes também produz efeitos na esfera jurídica.

Não obstante tenha o legislador criminalizado a conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso com pessoas menores de 14 anos, o constante apelo sexual presente nas novelas, seriados, músicas, *sites*, redes sociais é cada vez mais intenso e livre, o que antecipa, às crianças e aos adolescentes, eventos da vida adulta, os quais – muito embora possam estar aptos, do ponto de vista biológico –, não possuem maturidade psicológica para vivenciar, pois, como explicam Sprinthall e Collins, “tal como a própria adolescência, a sexualidade talvez comece com a biologia mas termine com a cultura”¹⁰⁰.

Isso porque, os estímulos sociais são poderosos motores no florescer da sexualidade dos jovens, uma vez que, consoante os autores mencionados, “para a maioria dos adolescentes, a expressão da sexualidade é regulamentada não tanto pelos próprios impulsos biológicos, mas antes, pelas expectativas e pelo significado social associado a certos padrões de actividade sexual”¹⁰¹.

Dessa forma, pode-se inferir que, muito embora a legislação penal objetive tutelar a dignidade sexual das crianças e dos adolescentes, a fim de garantir o desenvolvimento livre e saudável de sua sexualidade, não parece haver a mesma preocupação, por parte da sociedade em geral, com o conteúdo sexual ao qual eles estão diariamente expostos.

3.3 A DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

3.3.1 O conceito de presunção de violência prevista na versão original do Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940, na sua redação original, previa a fórmula da presunção de violência no artigo 224, a qual conferia proteção diferenciada à vítima de crime sexual que: “a) não é maior de quatorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

100 SPRINTHALL, Norman A.; COLLINS, W. Andrew. **Psicologia do Adolescente**. Uma abordagem desenvolvimentista. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 407.

101 Idem, p. 409.

Desse modo, na tipificação de condutas como o estupro (artigo 213) e o atentado violento ao pudor (artigo 214), em que a vítima estivesse em alguma dessas hipóteses, esses artigos eram combinados com o artigo 224 do Código Penal. Com isso, como explica Nucci, “considerava-se violenta a relação sexual do agente com pessoa menor de 14 anos ou contando com outra espécie de deficiência de consentimento”¹⁰².

A presunção de violência consiste, nas palavras de D'Elia, em “uma ficção jurídica que toma por base qualidades e condições de vítimas, de modo a adequar tipicamente o comportamento em face destas vítimas, ainda que não imbuídos de violência física ou moral”¹⁰³, isto é, para que determinado ato de natureza sexual seja presumido como violento, não é necessário que seja, de fato, praticado mediante o uso de violência, mas leva em conta características específicas da vítima.

Sobre o assunto, Führer expõe que a presunção de violência nos delitos sexuais, historicamente,

[...] baseia-se em um antigo sofisma montado pelos práticos, em especial por Carpzovio, na Idade Média. Quem não pode querer, por consequência não pode consentir (*qui volere non potuit, ergo noluit*), diziam. Assim, os alienados e pupilos em geral não teriam capacidade para concordar com o ato sexual¹⁰⁴.

O autor critica a ficção jurídica da presunção legal, sobretudo na esfera criminal, porquanto utilizada com a finalidade de desfavorecer o réu, dado que se aproxima demasiadamente da responsabilidade objetiva, inadmissível do Direito Penal e, portanto, é considerada por alguns autores como inconstitucional, razão pela qual acredita que “a presunção de violência tem se sustentado nos códigos atuais mais pela falta de solução melhor do que por seus méritos lógicos”¹⁰⁵.

Além disso, não havia consonância na doutrina e na jurisprudência em relação à possibilidade de relativização da presunção de violência, uma vez que, consoante afirma Gentil, a

[...] antiga redação do Código possibilitava – e isso foi sendo cada vez mais frequente – uma dupla interpretação da norma: que a presunção de violência era absoluta, sendo irrelevante prova do possível consentimento da vítima; ou que se

102 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 114-115.

103 D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014, p. 142.

104 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 175.

105 Idem, p. 175.

tratava de presunção relativa, que devia ser afastada diante da prova do assentimento da suposta ofendida¹⁰⁶.

Destarte, no ano de 2009, com a reforma legislativa do Código Penal promovida pela Lei n. 12.015, o artigo 224 foi revogado, e a polêmica presunção de violência deu espaço à ideia de vulnerabilidade, não afastando, todavia, as controvérsias anteriormente existentes sobre o tema.

3.3.2 As distinções existentes entre o conceito de presunção de violência e o conceito de vulnerabilidade

Com a revogação do artigo 224 do Código Penal, realizada em virtude da superveniência da Lei 12.015/2009, o conteúdo da presunção de violência foi, basicamente, deslocado para um novo tipo penal previsto no artigo 217-A do Código Penal, além de permear outros delitos que, de igual modo, têm por finalidade tutelar a dignidade sexual dos vulneráveis, de tal forma que, como bem sintetizou 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')”¹⁰⁷.

No mesmo sentido, Nucci assevera que o legislador, por meio das alterações realizadas do texto legislativo, pretendia

[...] inserir, tacitamente, sem mais falar em *presunção* – um termo que sempre gerou polêmica em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu –, a coação psicológica no tipo idealizado [...]. Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão *violência presumida*¹⁰⁸.

Assim, Pierangeli e Souza asseveram que, sem grandes novidades, o novo artigo 217-A representa, na realidade, nada mais que “a junção dos antigos artigos 213, 214 e 224, ou seja, é o estupro ou o atentado violento ao pudor com a incidência de presunção de violência, que [...] considerada por alguns como inconstitucional, foi substituída pela vulnerabilidade”¹⁰⁹.

106 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, p. 66.

107 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156.

108 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 115 (grifos do autor).

109 PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes Sexuais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 53-54.

No artigo 217-A, portanto, consoante leciona Nucci, uniu-se “o contexto dos atos sexuais, abrangendo tanto a conjunção carnal (cópula pênis-vagina) quanto os outros atos libidinosos”¹¹⁰, além disso, foi majorada a pena de reclusão, que antes era exasperada quando a violência fosse presumida, agora deve ser fixada no patamar de 8 a 15 anos, haja vista que, nas palavras de Pierangeli e Souza, “o rigor na reprimenda deve ser maior, em razão de a vítima não possuir o necessário discernimento para a prática do ato sexual”¹¹¹.

O novo tipo legal, também, alterou a situação do sujeito passivo no dia do seu 14º aniversário, pois, enquanto, na antiga redação, a presunção de violência falava de “vítima não maior de 14 anos”, o novo texto legal trata da “vítima maior de 14 anos”, ou seja, nas palavras de Estefam, agora o adolescente “deixa de ser vulnerável exatamente no dia em que completa a idade mencionada”¹¹².

Cumprе mencionar, ainda, que os enfermos e os deficientes mentais, os quais são considerados vulneráveis, na medida em que não possuem discernimento para a prática de atos sexuais, eram denominados, na redação original do Código Penal de 1940, como “alienadas ou débeis mentais”, nomenclatura que foi adequadamente ajustada por meio das alterações promovidas pela Lei n. 12.015/2009.

Outro ponto relevante é o fato de que o artigo 224, *b*, da redação original do Código Penal previa, como requisito para a presunção de violência da prática sexual realizada com pessoa “alienada ou débil mental”, o conhecimento do agente acerca da deficiência da vítima, disposição que foi suprimida do atual texto do artigo 217-A do Código.

No entanto, ainda que não exista mais a referida previsão, conforme Estefam, não há qualquer efeito prático decorrente da supressão, uma vez que

[...] se o agente desconhece que a vítima é menor de 14 anos, doente ou deficiente mental ou que possuía reduzida sua capacidade de resistência, dá-se a figura do erro de tipo (CP, art. 20, *caput*). Em outras palavras, ter-se-á a falsa ideiação da realidade, motivada pela errada compreensão da situação fática¹¹³.

Do mesmo modo, entende Jesus que a derrogação da determinação legal que previa a necessidade da ciência do agente, acerca da deficiência do ofendido,

[...] em nada altera a necessidade de que o sujeito ativo tenha conhecimento da condição mental do ofendido, de vez que o dolo do agente deve abranger todos os elementos objetivos do tipo. Caso o autor do fato desconheça tal circunstância,

110 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

111 PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes Sexuais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 55.

112 ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

113 Idem, p. 62.

deverá reconhecer-se em seu favor o erro de tipo (CP, art. 20, *caput*), o qual afasta o dolo e, com isso, torna o fato penalmente atípico¹¹⁴.

Diante do exposto, infere-se que, apesar das significativas modificações realizadas no texto legal, sobretudo em relação à estrutura dos tipos penais, as alterações práticas foram pequenas e, seus reflexos, pouco relevantes, como será abordado na sequência.

3.3.3 Os reflexos das distinções existentes entre a presunção da violência e o conceito de vulnerabilidade na caracterização dos crimes contra a dignidade sexual

A Lei 12.015/2009, sobretudo no que diz respeito às alterações relativas aos delitos sexuais praticados contra vulneráveis, no entendimento de D'Elia, “tinha (e tem, porque ainda está em vigor) o escopo de dirimir questões existentes sobre a constitucionalidade da presunção de violência, bem como definir se a presunção seria absoluta ou relativa”¹¹⁵.

Contudo, infere-se da análise da doutrina e da jurisprudência, como veremos adiante, que esse objetivo não foi alcançado.

Gentil, por sua vez, parece definir bem a pretensão do legislador:

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 nos textos legais. Ora, bastava então dizer que *ter conjunção carnal* ou *praticar ato libidinoso* com menor de catorze anos é crime e não mais se questionaria se existe ou não violência na conduta¹¹⁶.

No entanto, as repercussões geradas pelas alterações legislativas foram demasiadamente diversas, uma vez que, no entendimento de Nucci, o “nascimento de tipo penal inédito não torna sepulta a discussão acerca do caráter *relativo* ou *absoluta* da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa”¹¹⁷.

Na mesma linha de raciocínio, Bitencourt critica fortemente a reforma legislativa de 2009, no que tange ao novo delito de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal, a ponto de asseverar que “o legislador, *dissimuladamente*, usa os mesmos

114 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157.

115 D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014, p. 154.

116 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, p. 66-67.

117 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 116 (grifos do autor).

enunciados utilizados pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual* [...], porém, *disfarçadamente*, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei”¹¹⁸.

Isso porque, esse autor acredita que as mudanças legais foram realizadas com o intuito de “estancar a orientação jurisprudencial que se consagrou no Supremo Tribunal Federal sobre a *relatividade da presunção de violência* contida no dispositivo revogado (art. 224)”¹¹⁹, motivo pelo qual se manifesta no sentido de que “a *presunção de vulnerabilidade* consagrada no novo texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é *relativa*, recomendando avaliação casuística”¹²⁰.

Por outro lado, doutrinadores como Mirabete e Fabbrini explanam que 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”¹²¹ com a finalidade de proteger o menor de quatorze, ou o menor de dezoito anos, “independentemente de terem, no caso concreto, maior ou menor discernimento ou experiência em matéria sexual”¹²².

De igual modo, Martinelli concorda que o legislador não deu margem a possíveis relativizações, uma vez que “a idade da vítima é elementar do tipo e, assim, basta o ato sexual e estar na faixa etária correspondente. O critério é o mais objetivo possível”¹²³.

Marcão e Gentil, no mesmo sentido, dispõem que o Código, ao criar 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”¹²⁴.

Por fim, é razoável pontuar que as divergências doutrinárias não se limitam, com efeito, a descobrir a intenção do legislador ou a interpretar o que se pode, de fato, extrair da letra da lei, mas, na realidade, cada doutrinador procura legitimar, por meio de seus argumentos, o seu entendimento e as suas convicções pessoais acerca do assunto, independente de quaisquer alterações legislativas.

118 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99-100 (grifos do autor).

119 Idem, p. 101 (grifo do autor).

120 Ibidem, p. 99-100 (grifo do autor).

121 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 412.

122 Idem, p. 412.

123 MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 68, p. 7-24, jun./jul. 2011, p. 22.

124 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

Desse modo, a polêmica que acercava a possibilidade de relativização da presunção de violência, na prática, foi transferida para a vulnerabilidade, tema que será melhor aprofundado no próximo capítulo da presente monografia.

3.4 OS TIPOS PENAIIS QUE LEVAM EM CONSIDERAÇÃO A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

3.4.1 O estupro de vulnerável

A respeito do estupro de vulnerável, que consiste no tipo penal objeto do presente estudo, muito já foi (e ainda será) explanado, cumprindo realizar, portanto, apenas, uma análise tipológica genérica do delito, a fim de destacar suas principais características e peculiaridades.

O crime descrito no artigo 217-A do Código Penal, que é reputado hediondo, nas formas simples e qualificadas, nos termos do artigo 1º, VI, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, alterada pela edição da Lei n. 12.015/2009, objetiva tutelar, nas palavras de Mirabete e Fabbrini, a “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”¹²⁵.

Pode figurar como agente ativo, no delito de estupro de vulnerável, qualquer pessoa, como explica Bitencourt, “indistintamente, homem ou mulher, contra inclusive, pessoas do mesmo sexo”¹²⁶, enquanto que o sujeito passivo deve apresentar “a qualidade ou *condição especial de vulnerabilidade* exigida pelo tipo penal”¹²⁷, previstas no *caput* e no § 1º, do artigo 217-A do Código Penal, as quais já foram anteriormente delineadas.

A conduta tipificada no artigo 217-A do Código Penal é a de ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com vulnerável, que, no entendimento de Mirabete e Fabbrini, é um “tipo misto cumulativo, punindo-se num único artigo condutas distintas. [...] A prática de uma ou de outra conduta configura o crime de estupro de vulnerável e a realização de

125 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 412.

126 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98.

127 Idem, p. 98.

ambas constitui, em princípio, duas infrações”¹²⁸, de modo que o reconhecimento do concurso material, da continuidade delitiva ou do crime único dependerá do contexto fático.

A conjunção carnal, no dizer de Marcão e Gentil, “é a relação sexual caracterizada pela introdução do pênis na vagina, dispensando-se penetração completa ou ejaculação”¹²⁹, enquanto que o ato libidinoso, consoante Führer, “é toda a manifestação física que tem por objetivo satisfazer a lascívia (coito oral, anal, vulvar, *inter femora*, introdução de dedos ou objetos na vagina, no ânus, contato das mãos com o corpo, lambidas etc.)”¹³⁰.

A consumação do delito, de acordo com Führer, “ocorre imediatamente com a prática de qualquer ato libidinoso onde haja contato corporal. [...] Somente é possível a tentativa antes de iniciadas as manobras sexuais”¹³¹. Assim, ainda que haja a desistência voluntária do agente durante o ato, a “possibilidade de reconhecimento desaparece ao primeiro contato corporal libidinoso”¹³².

No que diz respeito às sanções, na figura simples, a pena será de 8 a 15 anos de reclusão, sendo majorada, para o patamar de 10 a 20 anos, se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave, e para 12 a 30 anos, quando qualificada pela morte da vítima, sendo a ação penal pública incondicionada, consoante o parágrafo único, do artigo 225, do Código Penal.

Por fim, cabe pontuar, ainda, que, conforme ensina Costa, para a caracterização do estupro de vulnerável, indispensável é a existência de “*intenção libidinoso*, excluindo-se os atos insignificantes ou bagatelares”¹³³, ou seja, nem todo ato aparentemente libidinoso configura, necessariamente, o delito sexual, uma vez que seria absurdo considerar, por exemplo, que “um pai que dá um 'selinho' em sua filha menor de 14 (catorze) anos em um balneário turístico na frente do público frequentador e em companhia de sua mulher e genitora da *vulnerável* possa ser preso em flagrante por crime de *estupro contra vulnerável*”¹³⁴.

128 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 414.

129 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193.

130 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 177.

131 Idem, p. 179.

132 Ibidem, p. 179.

133 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. Parte Especial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.180.

134 Idem, p. 180.

3.4.2 O induzimento do menor de 18 (dezoito) anos a satisfazer a lascívia de outrem

O lenocínio, previsto no artigo 227 do Código Penal, como explana Bitencourt, consiste na “atividade de prestar assistência à libidinagem de outrem, ou dela tirar proveito” e, dessa forma, “caracteriza-se, comparando-se com os demais crimes sexuais, por não servir à própria concupiscência do agente, mas objetiva satisfazer a lascívia de outrem”¹³⁵.

O dispositivo legal foi alterado por meio da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, que modificou o seu § 1º, no qual há previsão de circunstância qualificadora, substituindo a expressão “marido” por “cônjuge ou companheiro”, o que resultou na seguinte redação: “Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda”, casos em que a pena deverá ser majorada de um a três anos, em relação ao lenocínio simples, para o patamar de dois a cinco anos, em relação ao latrocínio qualificado.

Posteriormente, com a reforma do Código Penal promovida pela Lei n. 12.015/2009, o artigo 218, que dispõe acerca da corrupção de menores, passou a vigorar, de acordo com Mirabete e Fabbrini, como “uma espécie de lenocínio (art. 227) praticado contra menor de 14 anos”¹³⁶, que visa tutelar “especificamente o menor de 14 anos contra influências de terceiros que possam corrompê-lo ou prejudicar o seu sadio desenvolvimento sexual”¹³⁷.

Desse modo, como bem sintetizou Bitencourt, no que diz respeito ao crime de lenocínio, “se a vítima for menor de quatorze anos incidirá o art. 218; se, no entanto, for maior incidirá o art. 227, 1º (primeira figura)”¹³⁸, estando prevista, para ambos os delitos, isto é, a corrupção de menores e o lenocínio qualificado, a mesma sanção, que consiste na pena de 2 a 5 anos de reclusão.

Por outro lado, ao analisar literalmente a letra da lei, tem-se que o artigo 218 trata do menor de quatorze anos, enquanto que o § 1º do artigo 227 diz respeito aos maiores de quatorze e menores de dezoito anos, razão pela qual se pode inferir que, se o agente induzir um adolescente a satisfazer a lascívia alheia no dia de seu 14º aniversário, em tese, a conduta seria penalmente atípica, pois não está contemplada em nenhum dos dispositivos legais.

135 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114.

136 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 419.

137 Idem, p. 419.

138 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

No entanto, para evitar tal absurdo, Estefam assevera que a melhor solução seria identificar a conduta com o delito de lenocínio qualificado (artigo 227, § 1º), pois, do mesmo modo, configurá-la como lenocínio simples (artigo 227, *caput*), por possuir redação genérica, seria incoerente, uma vez que “a correta exegese da norma incriminadora aludida resulta do fato de que são vítimas do crime somente os adultos (pessoas com 18 anos completos)”¹³⁹.

A consumação do delito se dá, nas palavras de Bitencourt, pelo “efetivo induzimento, ou seja, quando a vítima é convencida pelo agente a satisfazer a lascívia de terceiro. Isso não quer dizer, contudo, que para consumir-se este crime seja necessária a satisfação da lascívia de outrem”¹⁴⁰, além disso, não há necessidade de se configurar a habitualidade na prática delituosa.

Por fim, cumpre ressaltar que, segundo o referido autor, a pessoa “que se serve da ação criminosa, isto é, que se aproveita da vítima para satisfazer sua lascívia, não é coautor do crime, pois a finalidade exigida pelo tipo é satisfazer a lascívia de *outrem*, e não a própria”¹⁴¹, no entanto, poderá ainda ser caracterizado o crime de estupro de vulnerável (artigo 217), se o agente praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de quatorze anos.

3.4.3 A satisfação da lascívia própria ou de outrem na presença de criança ou adolescente

O artigo 218-A do Código Penal, incluído pela Lei n. 12.015/2009, tipifica o ato de “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”, ao qual é prevista pena de dois a quatro anos de reclusão.

O delito em apreço, segundo Führer, “é o crime do exibicionista. Pune a exposição da pessoa vulnerável à visão da prática de atos libidinosos praticados com ou sem a participação do agente indutor”¹⁴², podendo ser praticado por qualquer pessoa, inclusive mediante participação e coautoria.

Embora o título do tipo penal faça referência às crianças e aos adolescentes, a proteção restringe-se aos menores de quatorze anos, opção legislativa que é criticada por alguns autores

139 ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

140 Idem, p. 121.

141 Ibidem, p. 118 (grifo do autor).

142 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 183.

como Nucci, os quais consideram que a Lei falha ao deixar de tutelar a formação dos indivíduos entre quatorze e dezoito anos de idade, visto que, “sendo a *vítima menor de 14 anos* (elementar do tipo), não se subsumirá à letra do art. 218-A do CP a realização da conduta nele descrita quando em relação à vítima de outra faixa etária”¹⁴³.

No que tange ao meio em que o crime pode ser praticado, de acordo com Bitencourt, é possível inferir que “o texto legal utiliza os vocábulos 'na presença de alguém menor' e 'induzi-lo a presenciar', ou seja, com os termos 'presença' e 'presenciar', fica claro que o menor vulnerável deve encontrar-se, fisicamente, no local onde se realiza a cena de libidinagem”¹⁴⁴, ou seja, não haverá crime se a vítima não estiver presente no local onde se realiza a prática libidinoso.

No entanto, autores como Nucci defendem que o crime pode ser configurado ainda que praticado por meios virtuais:

São novos tempos; a eles devemos nos adaptar. De igual modo, criminosos também se amoldam à tecnologia, cometendo infrações de toda ordem por meio de computadores. Diante disso, não há nenhuma diferença entre praticar um ato libidinoso na frente de um menor de 14 anos, em tempo real, por meio tecnológico ou na presença física. O bem jurídico – a dignidade sexual do menor – é afetada de igual maneira¹⁴⁵.

Cumprido ressaltar, ainda, que, conforme Marcão e Gentil, “é preciso que o sujeito passivo, que presencia o ato libidinoso de terceiro, tenha idade suficiente para sofrer alguma influência do que presencia, no sentido de que aquilo seja minimamente compreendido por ele, a ponto de corrompê-lo sexualmente”¹⁴⁶, de modo que a prática sexual realizada, por exemplo, na presença de bebês, no entendimento desses autores, não configura o delito, pois não é apta a ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal, que é a dignidade sexual dos vulneráveis.

3.4.4 O favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

143 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 12.015/2009). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 9-35, set./out. 2010.

144 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 126.

145 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

146 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 225.

O artigo 218-B, também incluído por meio da Lei n. 12.015/2009, consoante Marcão e Gentil, “ao punir especificamente o favorecimento da prostituição de criança ou adolescente, [...] tem por finalidade sancionar o lenocínio voltado a pessoas tidas por vulneráveis, considerando que o dispositivo localiza-se no capítulo relativo aos *crimes contra vulnerável*”.

De acordo com Nucci, os verbos componentes do tipo são:

[...] submeter (subjugar, dominar, sujeitar) [...]; induzir (inspirar, dar a ideia); atrair (seduzir, chamar a atenção de alguém para algo); facilitar (colocar à disposição, favorecer o acesso); impedir (colocar obstáculo ou estorvar alguém a deixar de fazer algo); dificultar (tornar custoso o ato de largar algo)¹⁴⁷.

No que se refere à exploração sexual, Führer conceitua:

Prostituição é a atividade habitual daquele que pratica sexo mediante pagamento. O mesmo que meretrício. A prostituição referida no tipo não tem um cliente específico. *Outra forma de exploração sexual* refere-se a qualquer outra atividade libidinosa remunerada que envolve contato corporal (por exemplo, reunião para troca de casais, bacanais etc.)¹⁴⁸

Ademais, no delito em questão, além de ser criminalizada a conduta daquele que submeter, induzir ou atrair vulnerável à prostituição ou outra forma de exploração sexual, a penalização é estendida também a quem pratica conjunção carnal ou ato libidinoso com maior de quatorze e menor de dezoito anos, que esteja submetido a tais formas de exploração (artigo 218-B, § 2º, I), e ao proprietário, gerente ou responsável pelo local em que se verifique o favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (artigo 218-B, § 2º, II).

Por fim, cabe pontuar, ainda, que o § 1º, do artigo 218-B, do Código Penal, dispõe que, se o ato for praticado com a intenção de obter vantagem econômica, aplicar-se-á, cumulativamente, a pena de multa.

3.4.5 Tráfico internacional de pessoa menor de 18 (dezoito) anos para fins de exploração sexual

O artigo 231 do Código Penal prevê pena de três a oito anos de reclusão a quem “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

147 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

148 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 187.

estrangeiro”, sendo a reprimenda majorada da metade se a conduta for praticada contra vulnerável (artigo 231, § 2º, I e II).

Sobre o tema, discorrem Mirabete e Fabbrini que “duas são as formas de conduta previstas no *caput* do art. 231: *promover* (dar causa, executar, tomar a iniciativa) e *facilitar* (auxiliar, ajudar, tornar mais fácil) a entrada ou a saída do país quando a iniciativa é da própria pessoa ou de outrem”¹⁴⁹.

Segundo os referidos autores, para a consumação do delito, “basta a entrada ou saída da pessoa do território nacional, não se exigindo o efetivo exercício da prostituição”¹⁵⁰.

3.4.6 Tráfico interno de pessoa menor de 18 (dezoito) anos para fins de exploração sexual

O artigo 231-A foi inserido no Código Penal por meio da Lei n. 11.106/2005, tendo sua redação alterada pela Lei n. 12.015/2009, e, do mesmo modo que o artigo 231, a pena de dois a seis anos de reclusão, que lhe é prevista, será exasperada da metade quando o crime for praticado contra vítima vulnerável (artigo 231-A, § 2º, I e II).

Nesse rumo, consoante Mirabete e Fabbrini, “as condutas previstas no tipo são as de *promover* (dar causa, executar, tomar a iniciativa) ou *facilitar* (auxiliar, ajudar, tornar mais fácil) o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual”¹⁵¹, não havendo necessidade de se configurar a habitualidade na prática delitiva.

3.4.7 Crimes contra a dignidade sexual de vulnerável previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente

Em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, destacam-se os artigos 240 a 241-E, alterados pela Lei n. 11.829 de 25 de novembro de 2008, que, tratando, especificamente, de delitos sexuais, relacionados à pornografia, praticados contra crianças e adolescentes, objetivam, segundo a lei, “aprimorar o combate à produção, venda e

149 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 450.

150 Idem, p. 451.

151 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 454.

distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”¹⁵².

A tipificação desses novos delitos, como bem sintetizou Ishida, em relação ao conteúdo dessas novas normas penais, objetivou

[...] criminalizar as condutas relacionadas à pedofilia na Internet (arts. 241-A, 241-B, 241-C e 241-D) bem como evidenciou o conceito de sexo explícito e pornografia envolvendo criança ou adolescente [...]. A pedofilia é uma psicopatologia ou desvio no desenvolvimento da sexualidade, caracterizado pela opção sexual por crianças e adolescentes de forma compulsiva e obsessiva. A nova lei, criando novos tipos penais, verdadeiramente criou os chamados **crimes de pedofilia**, até então inexistentes. Não se admite o desconhecimento da lei como forma de exclusão da punibilidade (art. 21, *caput*, primeira parte do CP)¹⁵³.

Nesse sentido, por meio da eleição e promoção de instrumentos de proteção da dignidade sexual dos vulneráveis, nas palavras de Maciel, “prossegue-se em busca da tutela da dignidade, integridade física, psíquica e moral, assim como a honra objetiva e liberdade sexual da criança ou adolescente, todos os bens jurídicos afetados pela realização das condutas incriminadas”¹⁵⁴.

4

152 BRASIL. Lei n. 11.829, de 25 de Novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm#art1>. Acesso em: 30 dez 2014.

153 ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 621.

154 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1125.

. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS RELACIONADAS À RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E OS EFEITOS DA RELATIVIZAÇÃO OU NÃO DESSE CONCEITO

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este capítulo abordará a possibilidade de relativização da vulnerabilidade, em relação aos menores de 14 anos, no crime de estupro de vulnerável.

Inicialmente, destacar-se-ão os entendimentos doutrinários contrários e favoráveis à relativização da vulnerabilidade, a fim de pontuar os principais argumentos e divergências entre os autores brasileiros a respeito do assunto.

Em um segundo momento, serão apresentadas as posições jurisprudenciais majoritárias, acerca da possibilidade de relativização da vulnerabilidade, do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de modo a examinar as decisões mais relevantes e analisar os fundamentos dos julgados em questão.

Ao final, delinear-se-ão os reflexos criminológicos, político criminais e jurídicos da relativização ou não do conceito de vulnerabilidade para a caracterização dos crimes contra a dignidade sexual e argumentar-se-á com vistas a sustentar uma posição que seja mais realista e razoável em face desse debate.

4.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS CONTRÁRIAS E A FAVOR DA RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NA CARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

4.2.1 Posições doutrinárias contrárias à relativização do conceito de vulnerabilidade na caracterização dos crimes contra a dignidade sexual

Parte da doutrina, no que toca especificamente ao conceito de vulnerabilidade definido pela faixa etária da vítima, considera as delimitações estabelecidas pelo legislador como absolutas, ou seja, de acordo com os autores que serão mencionados neste subitem, os delitos sexuais praticados contra vulneráveis configuram-se (ou não), objetivamente, de acordo com a

idade da vítima, não se admitindo, portanto, a relativização da vulnerabilidade na análise do caso concreto.

Adeptos desse ponto de vista, destacam-se, inicialmente, Mirabete e Fabbrini, os quais entendem que nos crimes sexuais praticados contra vítimas vulneráveis – menores de 14 ou de 18 anos –, “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 dispositivos legais”¹⁵⁵.

Esses autores argumentam, portanto, que, na reforma ao Código Penal, promovida pela Lei n. 12.015/2009, o legislador optou por não adotar a disciplina compreendida no Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabeleceu a idade de 12 anos, como parâmetro de fim da infância e início da adolescência, razão por que, de acordo com os autores supracitados, “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”¹⁵⁶.

Por outro lado, no que diz respeito aos vulneráveis acometidos por enfermidade ou deficiência mental, Mirabete e Fabbrini dissertam que a presunção de vulnerabilidade é relativa, de modo que se impõe “não somente a constatação da existência da enfermidade ou deficiência mental, mas também a aferição do grau de discernimento em relação às questões sexuais em geral e em particular, diante das especificidades do ato sexual praticado”¹⁵⁷.

Martinelli também se posiciona de modo contrário à relativização da vulnerabilidade, pois considera que “a idade da vítima é elementar do tipo e, assim, basta o ato sexual e estar na faixa etária correspondente. O critério é o mais objetivo possível, permitindo-se concluir que o legislador não adotou o critério do ECA de distinção entre crianças e adolescentes”¹⁵⁸.

Na mesma linha, seguem Marcão e Gentil, os quais concordam, sobretudo no que tange aos menores de 14 anos mencionados no *caput* do artigo 217-A do Código Penal, que a vulnerabilidade decorrente da idade da vítima não comporta relativização, porquanto absoluta,

155 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 425.

156 Idem, p. 426.

157 Ibidem, p. 426.

158 MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 68, p. 7-24, jun./jul. 2011, p. 22.

uma vez que “a lei não permite a prática de atos sexuais com aqueles que têm por vulneráveis, assim considerados conforme a redação desse dispositivo”¹⁵⁹.

Greco, por sua vez, assevera que o fator etário, estipulado no texto legal, é um dado objetivo, que não pode ser substituído por outro subjetivo a critério do julgador, isto porque, ainda na antiga redação do Código, que trazia a figura da presunção de violência, a lei penal já estabelecia “de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais”¹⁶⁰.

Segundo o referido autor, as modificações legislativas realizadas por meio da Lei n. 12.015/2009 objetivaram, expressamente, encerrar a discussão acerca da possibilidade de relativização da presunção de violência, como se infere, inclusive, da Justificação do Projeto de Lei do Senado n. 253, de 2004, que culminou na edição da referida lei:

O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra as 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 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 fática¹⁶¹.

Assim, no entendimento taxativo de Greco, não há que falar em relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, dado que “a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ao libidinoso com menor de 14 anos”¹⁶².

Para Busato, “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

159 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.

160 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. II. 11ª Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 540.

161 BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730&tp=1>>.

162 Ibidem, p. 541.

objetivo e concreto do limite biológico que impõe responsabilidade ao autor”¹⁶³, motivo pelo qual também adota o posicionamento contrário à relativização da vulnerabilidade.

Não dissente Giorgis, que considera as referidas alterações legislativas como uma resposta do legislador ao julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual será posteriormente abordado, que relativizou a antiga figura da presunção de violência, razão pela qual acredita que, “aparentemente, a nova redação encerra as discussões iniciadas com julgamento na Suprema Corte que adotara entendimento de que a presunção em tais crimes era relativa, ensejando prova em contrário”¹⁶⁴.

Gentil e Jorge são categóricos em relação à impossibilidade de relativização da vulnerabilidade, uma vez que, segundo eles, o “enunciado lacônico do art. 217-A traz implícita a irrelevância do consentimento do ofendido quanto à prática da libidinagem: crime haverá mesmo com tal consentimento”¹⁶⁵.

De igual modo, Prado disserta que, diferente do que ocorre no crime de estupro, previsto do artigo 213 do Código Penal, a configuração do estupro de vulnerável prescinde do “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”¹⁶⁶, de modo que configura

[...] o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a 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 significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito¹⁶⁷.

Delmanto também considera a vulnerabilidade, em relação à idade das vítimas de crimes sexuais, um critério absoluto, pois acredita que no estupro de vulnerável “não é necessário que haja constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, mesmo

163 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Especial 1. São Paulo: Atlas, 2014, p. 833.

164 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, p. 31.

165 GENTIL, Plínio Antônio Britto. JORGE, Ana Paula. Crimes Sexuais – O Novo Estatuto Legal: do Estupro do Homem ao Fim das Virgens. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, p. 93-103, ago./set. 2009, p. 96.

166 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. II. 9ª Ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 674.

167 Idem, p. 674.

porque o seu eventual consentimento, para fins penais, não é válido”¹⁶⁸, porquanto a idade de 14 anos foi uma opção do legislador que não comporta relativização.

No mesmo sentido, Costa expõe que “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”¹⁶⁹, razão por que considera a idade da vítima como um fator absoluto na caracterização da vulnerabilidade para os atos de natureza sexual.

Pierangeli e Souza, nesse patamar, muito embora discordem do termo empregado ao crime disposto no artigo 217-A do Código Penal, qual seja, estupro de vulnerável, visto que o vocábulo *estupro* importaria no uso de violência ou grave ameaça, afirmam que “o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos e de pessoa enferma ou deficiente mental não é válido. A primeira por lhe faltar maturidade; a segunda por não reunir capacidade de discernimento”¹⁷⁰.

Contudo, cumpre ressaltar a possibilidade de configuração do erro de tipo, previsto no artigo 20 do Código Penal que, de fato, não seria uma hipótese de relativização da vulnerabilidade, mas uma circunstância que excluiria o dolo do agente, como no cenário exemplificado por Greco:

[...] imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas, etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça¹⁷¹.

Nessa conjuntura, a conduta praticada pelo agente, que desconhece a idade da vítima, pois, em virtude das circunstâncias fáticas, é induzido ao erro, pode ser considerada atípica diante da ausência do elemento subjetivo inerente ao delito de estupro de vulnerável, que é o dolo de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com indivíduos nas condições previstas no *caput* ou no § 1º, do 217-A, do Código Penal.

168 DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 705.

169 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. Parte Especial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.179.

170 PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes Sexuais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 57-58.

171 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. II. 11ª Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 542-543.

4.2.2 Posições doutrinárias favoráveis à relativização do conceito de vulnerabilidade na caracterização dos crimes contra a dignidade sexual

Enquanto os autores anteriormente citados não vislumbram qualquer possibilidade de relativização da vulnerabilidade, no que tange à idade das vítimas de delitos sexuais, outra parcela da doutrina discorda que a vulnerabilidade deva ser compreendida com um critério objetivo e absoluto, admitindo, portanto, a sua relativização em determinados casos.

Entre esses autores destaca-se Nucci, que traz questionamentos pertinentes, como, por exemplo:

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser 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?¹⁷²

Essas reflexões e outras alternativas à interpretação restritiva da legislação penal serão apresentadas e analisadas a seguir.

De acordo com Nucci, o legislador apenas substituiu a polêmica que havia acerca da possibilidade de relativização da presunção de violência pela discussão em relação ao caráter relativo ou absoluto da vulnerabilidade, uma vez que as alterações legislativas não puseram termo às divergências de entendimento existentes a respeito do tema, de modo que, segundo o autor, “não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real”¹⁷³.

Para esse autor, a proteção penal, no tocante aos delitos sexuais, deve ser absoluta em relação aos menores de 12 anos, podendo, no entanto, ser relativizada para os maiores de 12 e menores de 14 anos:

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. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais.

172 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 116-117.

173 Idem, p. 117.

Nesse patamar, Nucci faz referência à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012¹⁷⁴, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), em que é assegurado, no artigo 68, *caput*,¹⁷⁵ aos adolescentes que estejam cumprindo medida socioeducativa de internação, isto é, indivíduos maiores de 12 (e menores de 21) anos, o direito à visita íntima, determinação que, segundo o autor, “nada mais é do que a consagração da pura realidade, vale dizer, o reconhecimento do Estado de que menores de 18 anos começam cedo a sua vida sexual e, por isso, chegam até mesmo a formar família em tenra idade”¹⁷⁶.

No mesmo sentido, Bitencourt critica duramente a opção do legislador de substituir a disposição do Código Penal, que era anteriormente aplicada, do estupro (artigo 213) com presunção de violência (artigo 224, “a”)¹⁷⁷, pelo tipo penal específico do estupro de vulnerável (artigo 217-A), visto que defendia a possibilidade de relativização dessa presunção, razão pela qual acredita que:

[...] 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 ofendida, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea¹⁷⁸.

Führer, por sua vez, sustenta que “o novo sistema adotado pelo Código para os crimes sexuais dificulta um tanto o uso desta válvula de escape para o bom senso, porquanto o texto legal não se refere mais claramente à presunção de violência em nenhum dos artigos”¹⁷⁹, dispositivo que, segundo ele, poderia ser mais facilmente relativizado no caso concreto.

No entanto, apesar das modificações legislativas, o autor ainda acredita que, “na aplicação da nova lei, deve o julgador verificar com esmero se houve realmente um estupro ou apenas um inocente namoro”¹⁸⁰.

174 BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>.

175 Art. 68. “É assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima”.

176 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 117.

177 Art. 224 - “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos”.

178 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 96.

179 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 176.

180 Idem, p. 176.

Com efeito, para que seja possível a relativização da vulnerabilidade, deve ser dada atenção, nas palavras de Führer, “para a o *necessário discernimento* e para a *capacidade de resistência* da vítima, vez que a conduta sexual do agente é objetivamente típica”¹⁸¹.

Outrossim, Estefam assevera que, muito embora a lei penal tenha sido alterada, persistirá “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”¹⁸², motivo por que defende que “o *conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto* (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), *admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes* (indivíduos maiores de 12 anos já completados)”¹⁸³.

Esse autor sustenta, portanto, que a vulnerabilidade é um conceito relativo, visto que, por exemplo, se “a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e, voluntariamente, pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua 'dignidade sexual')”¹⁸⁴.

Ou seja, no entendimento de Estefam, nem toda relação sexual ou ato libidinoso praticado com menores de 14 anos ofender-lhe-ão a dignidade sexual, sobretudo se já tiverem experiência prévia e se forem realizados de modo voluntário.

Nesse contexto, Myssior é mais radical, uma vez que, além de se posicionar a favor da relativização da vulnerabilidade, considera a própria disposição legal, interpretada de modo absoluto, uma violação à dignidade sexual, pois,

[...] ao se considerar que, com frequência, encontrar-se-á pessoa menor de 14 anos apta a consentir livre e validamente para a prática de relação sexual, pode-se afirmar que proibir absolutamente que com ela se mantenha conjunção carnal ou mesmo atos libidinosos diversos e de menor intensidade (o que inclui beijos, e outras carícias) acaba por violar a própria dignidade sexual da menor a que se visa proteger! A dignidade sexual não envolve somente o direito de negar-se à prática sexual quando não se a deseja; mas também o de manter o relacionamento quando ambas as partes validamente consentem¹⁸⁵.

181 Ibidem, p. 176.

182 ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**. Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

183 Idem, p. 59. (grifo do autor)

184 Ibidem, p. 59.

185 MYSSIOR, André. Comentários Sobre a Nova Lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, v. 24, n. 153, p. 451-466, mai./jun. 2010, p. 461.

Bechara, por outro lado, sugere “o estabelecimento de limites racionais do que se pretende punir nos casos de práticas sexuais envolvendo menores de 14 anos”¹⁸⁶, dado que, segundo a autora, “a noção de intangibilidade sexual revela-se positiva nas hipóteses em que não seja possível vislumbrar a capacidade concreta de autodeterminação do indivíduo (fundamentalmente tratando-se de crianças)”. No entanto, tal concepção não pode ser

[...] confundida com a ideia absoluta de proibição do exercício da sexualidade, entendida como forma de perversão, com sentido pecaminoso ou imoral, o que, no âmbito de um Estado Democrático, não poderia ser objeto de intervenção do Direito e menos ainda da intervenção jurídico-penal¹⁸⁷.

Na mesma linha, Costa Jr. e Costa afirmam que, “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”¹⁸⁸.

Por essa razão, a interpretação da vulnerabilidade de forma absoluta implicaria em admitir, por exemplo, no dizer dos autores, que “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”¹⁸⁹.

Jesus, que analisa o embate de forma mais técnica, dispõe que “um comportamento somente adquire relevância penal quando formal e materialmente típico. É insuficiente [...] que a conduta se amolde às elementares do dispositivo incriminador, sendo necessário que haja, além disso, a efetiva lesão ao bem jurídico protegido”¹⁹⁰.

Isto é, não basta que a conduta praticada pelo agente – no caso em comento, conjunção carnal ou outro ato libidinoso – esteja prevista na lei penal, mas é imprescindível que ocorra, de fato, lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, qual seja, a dignidade sexual da suposta vítima.

Adotam o mesmo entendimento, a partir de uma análise técnica do tipo penal, Greco e Rassi, os quais afirmam que, muito embora tenha o legislador optado por desconsiderar a liberdade ou a capacidade do menor de 14 anos de consentir, “a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que a

186 BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Presunção de Violência no Estupro de Vulnerável: Comentário à Decisão da 3.^a Seção Criminal do STJ no EREsp 1.021.634. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 511-550, jul./ago. 2012, p. 547.

187 Idem, p. 547.

188 COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. **Código Penal comentado**. 10^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 870.

189 Idem, p. 869.

190 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156.

vulnerabilidade será constatada no caso concreto”¹⁹¹, todavia, de acordo com os autores, “em se tratando de menor de 12 anos, mantém a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo tipicidade”¹⁹².

4.2.3 Cotejo das posições relativas à possibilidade ou não de relativização do conceito de vulnerabilidade na caracterização dos crimes contra a dignidade sexual

Em que pese o estudo bibliográfico realizado almejasse, inicialmente, evidenciar a posição predominante, entre os doutrinadores, em relação à possibilidade ou não de relativização da vulnerabilidade das vítimas – menores de 14 anos –, no delito de estupro de vulnerável, a pesquisa demonstrou que não há, por ora, entendimento substancialmente majoritário, porquanto os resultados apontaram para um empate técnico.

Entre as 22 obras pesquisadas, que abordam a controvérsia em análise, em 11 delas os autores se posicionaram de modo contrário à relativização da vulnerabilidade, nas outras 9 os estudiosos mostraram-se favoráveis à relativização, enquanto que apenas dois autores, quais sejam, Capez¹⁹³ e Cunha¹⁹⁴, muito embora tenham tratado da existência da divergência doutrinária acerca do assunto, não expuseram seus entendimentos em relação ao caráter absoluto/relativo da vulnerabilidade.

Desse modo, é possível concluir que, até o presente momento, não é possível eleger um entendimento pacífico (ou até mesmo majoritário) da doutrina a respeito da possibilidade de relativização da vulnerabilidade, fato que evidencia a relevância e a complexidade do assunto e a necessidade de que seja mais profundamente analisado, uma vez que tais divergências, como veremos, refletem-se, de igual modo, na jurisprudência.

4.3 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS E A FAVOR DA RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NA CARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

191 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 103.

192 Idem, p. 103.

193 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

194 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Especial. Salvador: Jus Podivum, 2014.

4.3.1 Precedentes do Supremo Tribunal Federal

Em pesquisa ao sítio do Supremo Tribunal Federal, tem-se que, até o presente momento, não há julgados que discutam especificamente a controvérsia em questão, possivelmente porque as alterações legislativas que deram origem ao embate, datadas de 7 de agosto de 2009, ainda são relativamente recentes.

Por outro lado, é relevante destacar as principais decisões que versaram acerca da possibilidade de relativização da antiga presunção de violência, em relação ao “*não maior de catorze anos*”, originariamente prevista no artigo 224, *a*, do Código Penal, uma vez que a tendência é que a lógica da argumentação da Suprema Corte se mantenha ao tratar do estupro de vulnerável.

O julgado mais antigo a que se tem acesso, abordando a presunção de violência em estupro de vítima menor de 14 anos, corresponde ao julgamento de *habeas corpus*, realizado no dia 8 de outubro de 1973, com a seguinte ementa:

ESTUPRO COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA (CP ART. 224, 'A'). **O CONSENTIMENTO DA OFENDIDA E SUA EXPERIÊNCIA SEXUAL ANTERIOR NÃO DESCONSTITUEM A TIPICIDADE DE TAL FATO CRIMINOSO.** II - DOLO INTENSO OU BRANDO E QUALQUER MATÉRIA ENVOLVIDA EM PROVA NÃO PODEM SER OBJETO DE APRECIACÃO EM PROCESSO DE HABEAS-CORPUS.¹⁹⁵ (grifado)

Anos mais tarde, em 1981, o Supremo Tribunal Federal decidiu novamente acerca do assunto, no mesmo sentido:

Estupro. Violência presumida, por ser a vítima menor de quatorze anos, apesar de o réu ter dúvida ou supor erroneamente ter ela idade superior a essa. Dissídio de jurisprudência não comprovado. Recurso extraordinário não conhecido.¹⁹⁶

Nesse caso, a vítima, que contava com 12 anos de idade na época dos fatos, manteve reiteradamente conjunção carnal com o réu que, segundo consta, era o seu primeiro namorado, tendo o casal sido surpreendido pela genitora da ofendida, que, irressignada com o ocorrido, apresentou notícia-crime em face do agente.

Do interior do acórdão, extrai-se o excerto da sentença proferida em primeiro grau, na qual o réu foi condenado à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão:

195 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 51500, Rel. Min. Antônio Neder, Segunda Turma, julgado em 08/10/1973. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=63401>>.
 196 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 94005, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em 19/05/1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187490>>.

Assim, nos termos do art. 224, letra a, do Código Penal e conforme a capitulação da denúncia, a violência é presumida no caso em julgamento.

E é presumida legalmente por causa da INCAPACIDADE de CONSENTIMENTO da vítima, por força da sua pouca idade (menor de 14 anos).

[...]

E o dia que tal presunção for afastada da lei, estará escancaradamente aberta a porta para o total relaxamento dos costumes, desde que não haverá mais freio ao desenfreio sexual dos que apreciam namorar meninas, que se tornarão presas fáceis da boa conversa e da volúpia dos desinibidos, despreparados e irresponsáveis¹⁹⁷. (grifado)

Nessa linha, não obstante haja uma única decisão contrária – a qual será melhor abordada na sequência –, mantém-se firme e majoritário o entendimento do Pretório Excelso no sentido de não relativizar a presunção de violência, nos casos de vítimas menores de 14 anos, como se infere do julgado mais recente:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE MENOR DE QUATORZE ANOS SERIA RELATIVA EM RAZÃO DO CONSENTIMENTO DA OFENDIDA: IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO QUANDO A VÍTIMA É MENOR DE QUATORZE ANOS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. *É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro. Precedentes. 2. Habeas Corpus indeferido.¹⁹⁸ (grifado)*

Desse modo, como exposto, o entendimento pacificado da Suprema Corte acerca da presunção de violência, aplicada ao delito de estupro com vítimas menores de 14 anos, é no sentido de que possui caráter absoluto, exceto pelo seguinte julgado:

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 de tribunal, 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.¹⁹⁹ (grifado)*

197 Idem.

198 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 93263, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 19/02/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520123>>.

199 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 73662, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>>.

Nessa polêmica e interessante decisão, pela primeira (e única) vez, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, relativizou a presunção de violência, aos argumentos de que a vítima se envolveu sexualmente com o réu de modo voluntário, além do fato de que aparentava ter mais idade do que os 12 anos que possuía, como se depreende do voto do Ministro Marco Aurélio:

O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. *A presunção de violência prevista no artigo 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. (grifado)

No entanto, o entendimento manifestado no julgado supramencionado não se consolidou no Supremo Tribunal Federal, pelo contrário, revelou-se como um incidente isolado, conforme elucidado na ementa da seguinte decisão:

Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): *caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.*²⁰⁰ (grifado)

Desse modo, muito embora o debate acerca da relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, especificamente no crime de estupro de vulnerável, ainda não tenha chegado ao Supremo Tribunal Federal, se a interpretação da norma penal seguir a mesma vertente adotada pelo Tribunal para a presunção de violência, é possível que a vulnerabilidade continue sendo reputada como absoluta no âmbito da referida corte.

Assim, concluída a análise dos precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, passa-se ao exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

200 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 81268, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 16/10/2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78677>>.

4.3.2 Precedentes do Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em que pese haja diversos julgados tratando da antiga presunção de violência, em que o tribunal deliberou pela relativização dessa presunção, nas decisões que versam acerca do delito de estupro de vulnerável, isto é, dos crimes praticados após a vigência da Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, a jurisprudência tem sido pacífica ao caracterizar como absoluta a vulnerabilidade dos menores de 14 anos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. *Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.* 2. *Agravo regimental a que se nega provimento.*²⁰¹ (grifado)

A ministra relatora desse agravo regimental citou, no corpo do acórdão supracitado – que reformou a decisão absolutória do Tribunal de Justiça de Minas Gerais –, os fundamentos exarados pelo juiz de primeiro grau na sentença que refutou o pleito da defesa pelo reconhecimento da atipicidade da conduta do agente, em razão da ausência de lesão a bem jurídico, uma vez que a suposta vítima teria consentido com a prática de conjunção carnal:

Em sua defesa, entretanto, argüi o acusado a atipicidade de sua conduta, fundamentando a pretensão de sua absolvição na alegação de ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado. Segundo sua tese, o consentimento da vítima quanto à prática da conjunção carnal com o acusado o exime de punição, já que não houve afronta nem à sua dignidade, nem à sua liberdade sexual. De fato, ressei dos autos a aquiescência da vítima quanto à prática da conjunção carnal. *Entretanto, o tipo penal aqui retratado cuida da proteção legal 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 psicológica de lidar com a vida sexual e suas conseqüências. Assim, eventual consentimento da ofendida, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto.*²⁰² (grifado)

Em caso semelhante, sob o argumento de não contrariar o consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, a Corte Superior reputou, mais uma vez,

201 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1363531/MG, Relª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/06/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300278357&dt_publicacao=04/08/2014>. 202 Idem.

irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 anos para a prática sexual em relacionamento amoroso:

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 decism condenatório de primeiro grau, nos termos do voto.²⁰³ (grifado)

No mesmo sentido, destacam-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, abordando a impossibilidade de relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos no estupro de vulnerável, os seguintes julgados: decisões AgRg no REsp 1434783/MG²⁰⁴, AgRg no REsp 1353398/RN²⁰⁵, HC 236.004/AM²⁰⁶, AgRg no REsp 1418859/GO²⁰⁷, AgRg no

203 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1371163/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 25/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300796774&dt_publicacao=01/08/2013>.

204 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1434783/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/06/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400337664&dt_publicacao=27/06/2014>.

205 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1353398/RN, Relª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/05/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202391043&dt_publicacao=09/06/2014>.

206 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 236.004/AM, Relª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/05/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200514672&dt_publicacao=20/05/2014>.

207 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1418859/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/03/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303789123&dt_publicacao=10/04/2014>.

REsp 1407852/SC²⁰⁸, AgRg no REsp 1244672/MG²⁰⁹ e AgRg nos EDcl no AREsp 191.197/MS²¹⁰.

Dessarte, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo patamar do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que a vulnerabilidade dos menores de 14 anos, para práticas de natureza sexual, é absoluta, de modo que não comporta relativização no caso concreto.

Com efeito, é possível afirmar, salvo melhor juízo, que não há qualquer registro de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em relação à delitos praticados na vigência da Lei n. 12.015/2009, que tenha relativizado a vulnerabilidade das vítimas menores de 14 anos no crime de estupro de vulnerável.

4.3.3 Precedentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não obstante, tradicionalmente, acompanhe, majoritariamente, o entendimento dos tribunais superiores, em diversos julgados recentes, tem admitido a relativização da vulnerabilidade de vítimas menores de 14 anos em circunstâncias específicas.

Em decisão proferida pela Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos – restando vencida a Desembargadora Marli Mosimann Vargas –, acordou-se pela relativização da vulnerabilidade da vítima, adolescente de 12 anos de idade, que mantinha relacionamento amoroso com o réu:

APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (MENOR DE 14 ANOS). ATO PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. PALAVRAS DA VÍTIMA FIRMES E COERENTE, CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS FORMADORES DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONSENTIMENTO. RELACIONAMENTO AMOROSO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA DE NATUREZA RELATIVA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE AFASTAM QUALQUER TIPO DE

208 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1407852/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/11/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303332921&dt_publicacao=20/11/2013>.

209 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1244672/MG, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 21/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100470268&dt_publicacao=27/05/2013>.

210 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp 191.197/MS, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP), Quinta Turma, julgado em 16/12/2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201237767&dt_publicacao=19/12/2014>.

*CONSTRANGIMENTO FÍSICO OU MORAL. SENTENÇA REFORMADA PARA ABSOLVER O ACUSADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*²¹¹ (grifado)

Desse modo, considerando a possibilidade de ausência de lesão a bem jurídico, a referida câmara declarou, diante das peculiaridades do caso, ocorrido já na vigência da Lei n. 12.015/2009, que a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos possui natureza relativa, consoante excerto do voto do desembargador relator:

Ocorre que, por necessidade de ajuste no tratamento de situações jurídicas diversas, *mostra-se mais adequado e correto o entendimento no sentido de que a presunção de violência na prática de ato sexual com menor de 14 (quatorze) anos possui natureza relativa. Assim, levando-se em consideração a peculiaridade de cada caso, torna-se viável o reconhecimento da inexistência de violação ao bem jurídico tutelado pela norma, como ocorre na hipótese em que ficou claramente demonstrado que a adolescente, à época com 12 (doze) anos de idade, agiu sem qualquer espécie de coação ao praticar a conjunção carnal*²¹². (grifado)

De igual modo, por votação unânime, a Quarta Câmara Criminal reconheceu a atipicidade da conduta praticada pelo réu, diante do consentimento e discernimento da vítima acerca da prática sexual:

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO COM FULCRO NO INCISO III DO ARTIGO 386 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (NÃO CONSTITUIR O FATO INFRAÇÃO PENAL). RECURSO MINISTERIAL OBJETIVANDO A REFORMA DA SENTENÇA. FATOS INCONTROVERSOS. CONCORDÂNCIA DA MENOR PARA OS ATOS SEXUAIS. IRRELEVÂNCIA. TIPICIDADE FORMAL DA CONDUTA INDISCUTÍVEL. CONSENTIMENTO E DISCERNIMENTO DA VÍTIMA SOBRE ASSUNTOS RELACIONADOS À SEXUALIDADE QUE NÃO PERMITEM RECONHECER A TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA PENAL E A AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DO COMPORTAMENTO DO RÉU. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.*²¹³

Assim, ao analisar o caso concreto e verificar que, muito embora o fato seja formalmente típico, porquanto perfeitamente descrito no tipo penal, a conduta do agente não provocou lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, qual seja, a dignidade sexual da vítima, como manifestado no interior da decisão:

Além disso, a adolescente a todo momento afirmou que jamais foi forçada ou pressionada pelo apelado para iniciar ou manter o relacionamento e, ao menos do que consta dos autos, em instante algum se mostrou imatura ou inocente quanto aos

211 BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2012.053544-5, Rel. Desembargador Newton Varella Júnior, Primeira Câmara Criminal, julgado em 06/11/2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000MHQB0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5066964&pdf=true>>.

212 Idem.

213 BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2014.067148-6, Rel. Desembargador Newton Varella Júnior, Quarta Câmara Criminal, julgado em 09/04/2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000SSPE0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7945261&pdf=true>>.

assuntos relacionados à sexualidade, assim como também não demonstrou qualquer arrependimento ou consequência psicológica ou comportamental negativa em razão desses fatos, tanto que, não obstante tenham rompido o namoro, continuam conversando e se encontrando esporadicamente, segundo relato da vítima em juízo. *Portanto, diante de todas essas particularidades, forçoso concluir-se que a tipicidade material do fato objeto do presente feito não ficou evidenciada, haja vista a ausência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela normal penal, que é justamente a dignidade sexual da vítima, e o inexpressivo grau de reprovabilidade do comportamento do apelante, razão pela qual deve ser mantido o decreto absolutório*²¹⁴. (grifado)

O Tribunal catarinense também relativizou a vulnerabilidade mediante a aplicação do princípio da insignificância, sob o argumento de que não se evidenciou a ofensividade da conduta, a periculosidade social da ação e a reprovabilidade da conduta, uma vez que réu e vítima objetivavam constituir família, razão por que não houve lesão a bem jurídico, consoante a seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CÓDIGO PENAL, ART. 217-A. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. CONSTITUIÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226. OFENSIVIDADE DA CONDUTA. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. AUSÊNCIA. LESÃO JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância "exige a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada" (Habeas Corpus n. 100.240, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 7.12.2010). *Embora formalmente típica, a conjunção carnal com menor de 14 anos pode, em circunstâncias muito excepcionais, caracterizar um ato insignificante para o direito penal, quando não importar em ofensa ao bem juridicamente protegido pela norma, qual seja, a dignidade sexual. A família é "base da sociedade", sendo-lhe, por isso, assegurada "especial proteção do estado" (CF, art. 226). Diante de prova robusta da intensa e efetiva constituição de núcleo familiar entre a suposta vítima e o acusado, denotando-se clara harmonia no relacionamento entre si e com seus parentes, a adequação formalmente típica da conduta deve ceder espaço à proteção da família. Em um contexto como esse, fica evidente a ausência de ofensividade da conduta, de periculosidade social da ação, de reprovabilidade da conduta e, principalmente, a inoccorrência de qualquer lesão ao bem juridicamente protegido.* RECURSO PROVIDO.²¹⁵ (grifado)

Deve-se ressaltar, ainda, as hipóteses em que ocorre erro sobre elemento constitutivo do tipo penal, casos em que, por erro em relação à idade da suposta vítima, apesar de o agente acreditar que pratica conduta atípica, isto é, ato sexual consentido com pessoa capaz, na verdade, comete o delito de estupro de vulnerável com menor de 14 anos.

214 Idem.

215 BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2013.057402-4, Rel. Desembargador Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, julgado em 20/02/2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000PMLI0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6555321&pdf=true>>.

Por outro lado, é relevante destacar, que o erro de tipo não é uma hipótese de relativização da vulnerabilidade, mas é evidenciada a atipicidade da conduta praticada com fundamento na ausência de dolo do agente.

Nesse sentido, cumpre destacar o julgado que tratou de situação em que o acusado foi flagrado ao sair de motel com a vítima, a qual havia conhecido em uma festa na mesma noite, contexto no qual, de fato, se poderia configurar erro em relação à faixa etária da adolescente, porquanto se comportava como alguém de mais idade:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CONJUNÇÃO CARNAL COM MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PLEITEANDO A CONDENAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA RELAÇÃO SEXUAL. PALAVRA DA VÍTIMA QUE, EMBORA TENHA ESPECIAL RELEVÂNCIA EM DELITOS DESSE VIÉS, POIS NORMALMENTE PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE, ENCONTRA-SE ISOLADA NOS AUTOS. NEGATIVA DO APELADO E DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS PRESENCIAIS QUE NÃO A CORROBORAM. ADEMAIS, EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO QUE PERMITE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS INDICADORAS DE MATURIDADE E CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO DA ADOLESCENTE COM 13 ANOS DE IDADE. APELADO FLAGRADO APÓS SAIR DE QUARTO DE MOTEL COM A ADOLESCENTE E MAIS UM CASAL DE JOVENS, AMIGOS DELA. SUPOSTA CONJUNÇÃO CARNAL CONSENTIDA. DEPOIMENTOS QUE EVIDENCIAM PRÉVIOS RELACIONAMENTOS DA APONTADA VÍTIMA, BEM COMO SUA AFEIÇÃO À VIDA NOTURNA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. "Em que pese a posição majoritária dos tribunais superiores no sentido de a presunção de vulnerabilidade ser absoluta, com a evolução social e, em vista à transformação da cultura e costumes, referida presunção prevista no art. 217-A do Código Penal deve sofrer relativização em casos excepcionais, nos quais se é possível visualizar a maturidade sexual da vítima, de modo que, mesmo de idade biológica abaixo daquela elementar do tipo (14 anos), não detém mais a inocência a ser resguardada por meio do comando normativo em destaque." (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.040574-6, de Joinville, Segunda Câmara Criminal, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 09-12-2014). ERRO SOBRE ELEMENTO CONSTITUTIVO DO TIPO CONFIGURADO. PROVA ORAL COLHIDA QUE APONTA A AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO APELADO ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA. COMPORTAMENTO ALÉM DA SUA IDADE EM RELAÇÃO A QUESTÕES SEXUAIS. GRUPO DE AMIGOS MAIS VELHOS. APELADO E VÍTIMA QUE SE CONHECERAM NO MESMO DIA, EM UMA FESTA. EXCLUSÃO DO DOLO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA FORMA CULPOSA. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO DE RIGOR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.²¹⁶ (grifado)

Não obstante, infere-se que, em determinados julgados, ao que tudo indica com a finalidade de não contrariar o entendimento das Cortes Superiores, o erro de tipo vem sendo

216 BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2014.046213-1, Rel. Desembargador Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, julgado em 03/03/2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000S6B80000&nuSeqProcessoMv=null&ti poDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7784422&pdf=true>>.

aplicado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, aparentemente, de modo equivocado, unicamente para justificar decisões absolutórias sem que, para tanto, seja necessário relativizar a vulnerabilidade.

Pode-se mencionar, como exemplo, caso em que a ofendida e o réu mantiveram enlace amoroso (e sexual) por quase 3 anos – desde que a vítima possuía apenas 11 anos de idade –, de modo que o casal, inclusive, concebeu um filho na constância do relacionamento.

Contudo, mesmo assim, a Primeira Câmara Criminal, aplicou o erro de tipo para excluir o dolo do agente, como se o mesmo não soubesse a idade da vítima, conforme se depreende da ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO PRETENDIDA. PLEITO NÃO ACOLHIDO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE IMPÕE A RELATIVIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO DA MENOR PARA O ATO SEXUAL EVIDENCIADO. *RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA QUE RESULTOU EM UM FILHO E INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. ERRO DE TIPO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*²¹⁷ (grifado)

Como exposto, muito embora seja possível mencionar diversas decisões nas quais a vulnerabilidade tenha sido relativizada, o entendimento majoritário do Pretório catarinense permanece no sentido de que a vulnerabilidade possui caráter absoluto, razão por que não pode ser relativizada no caso concreto, senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA CORROBORADAS PELOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS E OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONSTANTES NOS AUTOS. *CONSENTIMENTO DA OFENDIDA E EVENTUAL EXPERIÊNCIA ANTERIOR QUE NÃO DETÊM NENHUMA RELEVÂNCIA NA HIPÓTESE. ATOS PRATICADOS CONTRA INFANTE MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA DE CARÁTER ABSOLUTO. PROVAS SUFICIENTES A EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelos relatos da vítima e das testemunhas arroladas pela acusação, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação. 2. Conforme remansoso entendimento*

217 BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2013.059925-3, Rel. Desembargador Substituto José Everaldo Silva, Primeira Câmara Criminal, julgado em 18/11/2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000PPA20000&nuSeqProcessoMv=null&ti poDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7532572&pdf=true>>.

jurisprudencial, a palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, possui valor probatório diferenciado, servindo de substrato condenatório quando o relato ocorre de maneira coerente e harmônica, conforme tem-se no caso em tela. 3. *Não obstante a divergência no âmbito das Cortes Superiores quanto à presunção de vulnerabilidade, este Tribunal tem alicerçado o entendimento de que às vítimas menores de 14 (quatorze) anos, é irrelevante o seu consentimento ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência é de caráter absoluto.*²¹⁸ (grifado)

Colhe-se do corpo dessa mesma decisão:

Em outro cerne, também cumpre salientar que o fato de a vítima anuir ou não com a prática sexual é irrelevante para a configuração do delito de estupro, uma vez que, embora não se desconheça a divergência jurisprudencial no que tange à presunção de vulnerabilidade, se relativa ou absoluta (STJ - REsp. n. 1184236/TO, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 07/12/2010; STJ - AgRg no REsp. n. 1214407/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 13/09/2011; STF - HC n. 97052/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 16/08/2011), *este Tribunal tem alicerçado o entendimento de que às vítimas menores de 14 (quatorze) anos, é irrelevante o seu consentimento ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência é de caráter absoluto.* (grifado)

Na mesma linha, pode-se mencionar julgado da Quarta Câmara Criminal:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. *DECISÃO CALCADA NA RELATIVIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. CONSIDERAÇÃO DESSE FATOR QUE CONSTITUI SOLUÇÃO DISSIDENTE DA CORRENTE JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE. ATUAL PREVALÊNCIA DA COMPREENSÃO PELA INOCUIDADE DESSA CIRCUNSTÂNCIA PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. FATOR QUE NÃO PODE ENSEJAR A REJEIÇÃO PREMATURA DA DENÚNCIA. [...]* 2. *A vulnerabilidade do menor de quatorze anos de que trata o art. 217-A do Código Penal decorre de critério objetivo-cronológico e, segundo compreensão hoje predominante nos tribunais superiores, não admite relativização nem dá espaço a presunções.* Inviável, pois, a rejeição da denúncia por ausência de justa causa para a persecução penal (art. 395, III, do CPP) sob fundamento de que o fato ensejador da imputação pelo crime de estupro de vulnerável seria consentido, ou porque a suposta vítima já ostentaria maturidade avançada para sua idade à época.²¹⁹ (grifado)

Por fim, da análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pode-se concluir que o tema ainda é demasiadamente controverso, razão por que, muito embora o entendimento predominante, por ora, ainda seja pelo caráter absoluto da vulnerabilidade, o

218 BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2012.039044-9, Rel. Desembargador Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, julgado em 01/07/2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000M4BX0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7029376&pdf=true>>.

219 BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2015.013528-2, Rel. Desembargador Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, julgado em 26/03/2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000U2DE0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7882293&pdf=true>>.

assunto não é pacífico, sobretudo entre os julgados mais recentes, como se pôde demonstrar por meio de diversas decisões que relativizaram o conceito em casos excepcionais.

4.4 EM BUSCA DE UMA SOLUÇÃO REALISTA E RAZOÁVEL À POLÊMICA ACERCA DA POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

4.4.1 Considerações pessoais a respeito da possibilidade ou não de relativização da vulnerabilidade

Como já foi mencionado, com as alterações promovidas no Código Penal por meio da Lei n. 12.015/2009, o legislador pretendia, entre outras questões, encerrar a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de relativização da vulnerabilidade que, antes da referida lei, cingia-se no âmbito da presunção de violência.

A reforma legal, realizada por iniciativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Exploração Sexual, através do Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004, objetivou, nitidamente, endurecer a lei e majorar as reprimendas previstas aos delitos de natureza sexual, sobretudo aqueles praticados contra vítimas vulneráveis, que são submetidas às mais diversas formas de abuso e exploração.

Nesse contexto, foi criado o novo tipo penal denominado estupro de vulnerável, com pena mínima de 8 anos e máxima de 15 anos, que incorporou, tanto a conjunção carnal, quanto a prática de qualquer outro ato libidinoso, com menores de 14 anos ou com indivíduos “*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*”.

No entanto, em que pese o legislador almejasse proteger, absolutamente, a dignidade sexual dos vulneráveis, o fato de não ter delineado qualquer hipótese de relativização ou possibilidade de análise excepcional do caso concreto, acabou por engessar demasiadamente a norma penal, a ponto de dificultar a sua aplicação na prática cotidiana, diante da infinidade de variáveis que compõem o campo dos relacionamentos no que tange à sexualidade.

Diante da ausência de previsão legal para a relativização da vulnerabilidade, a maioria dos autores que discordam do seu caráter absoluto, como já foi exposto, limitam-se a criticar a redação do texto legislativo e argumentar no sentido da falta de razoabilidade da norma penal,

o que parece muito superficial e insuficiente para fundamentar, por exemplo, uma decisão judicial que pretenda se contrapor à expressa determinação legal.

Por outro lado, não se pode ignorar que a lei não fica adstrita, restritivamente, à interpretação empregada pelo legislador, mas, ao sair de suas mãos, é viva, reformula-se e ajusta-se a cada contexto. Caso contrário, não seria necessário um conjunto de profissionais encarregados de aplicar as leis, entre os quais juízes, promotores e advogados, de tal forma que, dadas as variáveis, uma máquina seria capaz de produzir a solução mais acertada, justa e razoável, o que, por óbvio, seria inconcebível, uma vez que o Direito não é uma ciência exata, porquanto profundamente subjetivo, avesso ao absoluto.

Dessarte, conceber-se a vulnerabilidade como um conceito absoluto seria fechar os olhos para a realidade, desprezar as particularidades inerentes às diversas conjunturas sociais, culturais, religiosas, complexas e dinâmicas, as quais se modificam diariamente; seria, portanto, correr o risco (quase certo) de incorrer em terríveis injustiças.

A legislação brasileira, positivada em incontáveis leis e códigos, é constantemente alterada sem que, todavia, atente-se ao ordenamento como um complexo indissociável – que deveria, logicamente, respeitar uma mesma linha político-ideológica –, motivo pelo qual, por vezes, a própria lei provoca incoerências jurídicas insanáveis.

Ao estupro de vulnerável, no Código Penal, é prevista a pena mínima de 8 anos, enquanto que a sanção mínima cominada ao crime de homicídio simples (artigo 121, *caput*) é de 6 anos. Isso significa dizer, em termos práticos e abstratos, que seria mais grave um indivíduo beijar – conduta correspondente a ato libidinoso –, ou praticar conjunção carnal com a sua namorada de 13 anos, do que matá-la.

A alta reprimenda imputada ao crime de estupro de vulnerável torna a questão ainda mais relevante, delicada e até dramática, pois, além da altíssima reprovação e estigmatização social inerente à prática do delito, que é, pois, denominado de estupro, a pesada pena recaída sobre indivíduos com 18, 19, 20 anos de idade, como vem ocorrendo repetidamente entre os julgados dos Tribunais Superiores, é capaz de arruinar as perspectivas desses jovens para o resto de suas vidas.

Em se tratando de ato infracional equiparado ao crime em questão, as situações são ainda mais bizarras, uma vez que, por exemplo, dois adolescentes de 12 ou 13 anos que namorem (troquem carícias afetivas) ou se relacionem sexualmente, ainda que de forma voluntária, estarão, de acordo com o Código Penal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, cometendo ato infracional, um contra o outro.

Do mesmo modo, indivíduos que tenham capacidade de discernimento reduzido, como os portadores da síndrome de *down* que, por vezes, vivem uma vida normal, sendo capazes de estudar, trabalhar e relacionar-se socialmente, estariam fadados ao eterno celibato, pois quaisquer indivíduos que com eles se relacionarem estarão incorrendo no hediondo crime de estupro de vulnerável.

Por essa razão, é imprescindível que a vulnerabilidade não seja analisada como uma característica específica da suposta vítima, mas deve ser avaliada, no caso concreto, a correspondência estabelecida entre os envolvidos, de modo que se examine se existe, de fato, uma relação entre “forte x fraco”, na qual uma das partes seja explorada/abusada pela outra, em contexto que destoe, efetivamente, de um inofensivo relacionamento amoroso recíproco.

Entretanto, na contramão desse entendimento, as Cortes Superiores, de forma cada vez mais pragmática, com o claro propósito de uniformizar a jurisprudência, têm reputado como absoluta a vulnerabilidade dos menores de 14 anos, afastando, assim, a possibilidade de análise das singularidades de cada caso em concreto.

Com efeito, o caminho para absolutizar qualquer conceito, sobretudo quando, como no caso em questão, a contenda está taxativamente esclarecida na letra da lei, é, incontestavelmente, o rumo mais seguro e inteligível, visto que a simples redação do texto legal seria, em tese, suficiente para refutar qualquer argumento favorável a relativização.

Em contrapartida, é sempre possível (e necessário) que questionemos a via eleita pelos Tribunais Superiores, nesse rumo, valendo-me das sábias palavras de Roxin: “De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável ao sistema?”²²⁰.

Nessa linha de raciocínio, pretende-se refletir acerca da trajetória necessária, não apenas para responder de forma juridicamente coerente e uniforme às desventuras da sociedade, mas para entregar a resposta correta, consoante sintetiza brilhantemente Roxin:

A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica seja salva à custa da justiça.²²¹

Diante dessas indagações, busca-se uma alternativa, teoricamente fundamentada, plausível e apta a deslindar os paradoxos apresentados.

220 ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7.

221 Idem, p. 85.

4.4.2 Teoria da imputação objetiva e a proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal

Com o propósito de embasar, tecnicamente, a possibilidade de relativização da vulnerabilidade, em casos excepcionais, tratar-se-á acerca da teoria da imputação objetiva, vertente da teoria funcionalista, e suas implicações na esfera da caracterização da tipicidade do delito penal.

Acerca da evolução teórica da estruturação do tipo penal destaca-se, inicialmente, Welzel, que, muito embora seja adepto da teoria finalista da ação, inovou ao atribuir ao tipo penal o requisito da inadequação social, isto é, segundo o autor, as “ações que se movem dentro do marco das ordens sociais, nunca estão compreendidas dentro dos tipos de delito, nem ainda quando pudessem ser entendidas em um tipo interpretado ao pé da letra”²²².

Assim, esse autor conferiu ao conceito de tipo penal, de certo modo, pela primeira vez, um conteúdo material, dado que intentou afastar a tipicidade das condutas que, apesar de estarem “*ao pé da letra*” tipificadas na legislação, não constituem delitos, porquanto, se analisadas no caso concreto, são socialmente adequadas, como explica Santos: “Se o tipo penal descreve injustos penais, então, evidentemente, não pode incluir ações socialmente adequadas”²²³.

Não obstante, segundo Busato, “a imprecisão dos critérios de *adequação social* levou os penalistas ao reconhecimento de que ela não poderia ser um elemento do tipo, mas sim um princípio relativo à sua interpretação”²²⁴, ou seja, em que pese Welzel tenha introduzido um novo e, até então, relevante parâmetro na aferição da tipicidade, a falta de fundamentação adequada, para concretizá-lo, acabou por reduzi-lo a elemento constitutivo do tipo para princípio norteador da tipicidade.

Roxin, por sua vez, crítico das teorias causal e finalista, é responsável pela moderna concepção da teoria da imputação objetiva (1970), segundo a qual, em linhas gerais:

[...] um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)²²⁵.

222 WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Campinas: Romana, 2004, p. 102.

223 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 107.

224 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 352.

225 ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 104.

O autor explica que “a teoria da imputação objetiva confere ao tipo objetivo uma importância muito maior da que ele até então tinha, tanto na concepção causal, como na final”²²⁶, uma vez que, nas palavras de Gomes, “não é só o desvalor da ação (seu fundamento não reside exclusivamente na conduta do agente criadora de riscos proibidos) senão, sobretudo, desvalor do resultado (produção de um resultado jurídico penalmente relevante para o bem jurídico)”²²⁷.

Desse modo, sob a ótica do funcionalismo, a partir da moderna teoria da imputação objetiva preconizada por Roxin, infere-se que o tipo penal, nos crimes dolosos, consoante Gomes, “passou a contar com três dimensões: 1ª) objetiva (ou formal); 2ª) normativa (imputação objetiva) e 3ª) subjetiva (dolo).²²⁸

A dimensão objetiva/formal refere-se à descrição legal da conduta como ilícito penal; a subjetiva diz respeito ao dolo do agente ao praticar o ato criminalmente condenável; a normativa, por fim, trata da própria imputação objetiva e dos elementos caracterizadores anteriormente mencionados, ou seja, é a dimensão material do tipo, que tem por escopo examinar as particularidades do caso concreto.

Na mesma linha de raciocínio, Busato disserta brilhantemente que

[...] o tipo deve representar certo nível de ofensividade. Já não se trata apenas da correspondência formal e da criação e realização de um risco não permitido, mas sim de uma avaliação de suficiência, necessidade e proporcionalidade, baseada no princípio da intervenção mínima e suas implicações no que tange à situação do Direito penal no conjunto de mecanismos de controle social de que dispõe o Estado. *Nesse sentido, somente se admite presente uma pretensão de ofensividade normativa diante da existência de um ataque grave a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento social da vítima.* Ou seja, existirá materialmente o tipo de ação quando houver uma aflição grave o suficiente para justificar a intervenção jurídico-penal.²²⁹ (grifado)

Nesse sentido, Roxin discorre que a missão do Direito Penal não é mais do que a proteção de bens jurídicos, os quais são definidos pelo autor como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”²³⁰.

226 Idem, p. 114.

227 GOMES, Luís Flávio. **Teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 89.

228 GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8383>>.

229 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 352-353.

230 ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 18-19.

Assim sendo, é possível concluir que, em síntese, a teoria da imputação objetiva, como bem elucida Roxin,

[...] decorre inexcusavelmente do princípio da proteção de bens jurídicos [...]. Querendo o Direito Penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito Penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal. *Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens.*²³¹ (grifado)

Por fim, tem-se que a teoria da imputação objetiva trouxe à teoria da ação um caráter valorativo, de modo que, além da tipicidade formal, descrita na norma penal, ensina Roxin, “o injusto penal pressupõe uma lesão ou colocação em perigo do bem jurídico”, que se refere à tipicidade material, isto é, a ofensividade (ao bem jurídico tutelado) da conduta praticada pelo agente, a qual deve ser analisada no caso concreto.

4.4.3 Aplicação da teoria da imputação objetiva ao crime de estupro de vulnerável

Destarte, traçada a linha teórica capaz de fundamentar a necessidade de lesão a bem jurídico tutelável para a configuração da tipicidade (material) da conduta, passa-se a tratar da possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva ao estupro de vulnerável.

Como já foi explanado, a polêmica acerca da possibilidade de relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, no crime de estupro de vulnerável, decorre, em grande parte, da ampla generalização empregada pelo legislador na redação do texto legal que, se interpretado de modo absoluto, não possibilita a análise do caso concreto, o que dá margem a decisões desarrazoadas e, por vezes, brutalmente injustas.

Aplicando-se, então, a teoria da imputação objetiva à questão em tela, pode-se depreender que, para a configuração do delito de estupro de vulnerável, além do pressuposto de que a conduta do agente deve ser formalmente típica, isto é, enquadrar-se na disposição do artigo 217-A do Código Penal, é preciso que se caracterize, ainda, a lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, deve haver tipicidade material.

É relevante pontuar que a superveniência da Lei n. 12.015/2009 alterou a nomenclatura do Título VI do Código Penal, que passou de “*Dos crimes contra os costumes*” para “*Dos crimes contra a dignidade sexual*”, terminologia da qual se pode extrair, inclusive, a mudança de concepção a respeito da natureza do bem jurídico que se pretende tutelar com a tipificação desses delitos.

231 Idem, p. 40.

Se antes o legislador elegia os crimes sexuais como práticas atentatórias aos costumes da sociedade, de um modo geral, agora, o bem jurídico que objetiva proteger é a dignidade sexual de possíveis investidas violentas (física ou psicologicamente), assim como salvaguardar os vulneráveis da exploração e abusos na esfera sexual.

Dessa forma, no que tange aos menores de 14 anos, para a configuração da tipicidade material, é necessário que se examine, portanto, no caso concreto, se houve, de fato, a caracterização de lesão à dignidade sexual (que é o bem jurídico tutelado) da criança ou do adolescente envolvido.

Nesse ponto, diante da pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada no presente trabalho, destacam-se os relacionamentos amorosos como os casos limítrofes, específicos e extraordinários, em que a vulnerabilidade pode ser relativizada, uma vez que, muito embora a capacidade de consentimento válido das crianças e adolescentes possa ser reduzida, nem sempre se estabelece, efetivamente, uma relação de vulnerabilidade, mas o envolvimento é voluntário e incapaz de ofender-lhes a dignidade sexual.

Evidentemente, caberá ao julgador analisar todo o contexto em que as partes estão inseridas, pois, por exemplo, um namoro entre uma adolescente de 12 anos e um idoso de 60 anos, dificilmente será uma relação amorosa recíproca e consentida, mas, certamente, haverá subordinação e sujeição à coação psicológica daquela em relação a este, visto que a grande diferença de idade favorece a atuação dissimulada e abusiva do agente.

Da mesma forma, não se poderia afastar, de modo algum, a vulnerabilidade de meninos e meninas prostituídos, com o infeliz argumento de que são experientes e, portanto, não são mais vulneráveis para práticas sexuais, pois a prostituição, em especial quando envolve crianças e adolescentes, jamais será uma manifestação livre de vontade, mas um atentado criminoso contra a dignidade sexual desses indivíduos, a qual, uma vez explorada, constitui a produção de um risco não permitido (Roxin) ou uma ação socialmente inadequada (Welzel).

É preciso, contudo, atentar ao fato de que a relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, respaldada em um bem jurídico tão relevante que é a dignidade sexual de crianças e adolescentes, só pode ocorrer de forma ponderada e em casos extremos, quase óbvios, em que não haja qualquer indício de exploração ou abuso sexual.

Por fim, é importante frisar que, quando se admite a relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, para a prática de atos de natureza sexual, ainda que somente em casos excepcionais de relacionamentos amorosos, não significa assentir que esses

comportamentos sejam moralmente adequados, até porque, na opinião da autora do presente trabalho, não o são.

No entanto, ao Direito Penal não cabe sancionar imoralidades, mas lesão a bem jurídico relevante, como discorre Roxin, “a 'moralidade' já não é protegida juridico-penalmente porque não é um bem jurídico”²³², caso contrário, condutas socialmente consideradas como imorais seriam criminalizadas, o que, na prática, não acontece.

Abre-se, portanto, por meio da aplicação da teoria da imputação objetiva ao estupro de vulnerável, uma porta estreita para a relativização do conceito de vulnerabilidade, não com o intuito de vulgarizar a prática sexual entre os mais jovens, mas a fim de adequar a lei penal à realidade social e impedir que legitime, sob o pretexto de uniformidade jurisprudencial, terríveis injustiças.

5

232 ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 12-13.

. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa objetivou traçar um panorama histórico da evolução do Direito Penal no que tange aos crimes sexuais, bem como destacar seus principais conceitos e peculiaridades, para, então, tratar mais especificamente dos delitos de natureza sexual praticados contra vulneráveis e responder, por fim, se é possível (ou não) a relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, a fim de revelar as posições doutrinária e jurisprudencial acerca do tema e apresentar uma alternativa técnica à interpretação da norma penal incriminadora.

Desse modo, em linhas gerais, é possível concluir que:

1) a evolução do Direito Penal, especialmente no que diz respeito aos delitos sexuais, tende a um gradual afastamento dos fundamentos de natureza moral, ética e religiosa, para eleger a proteção de bens jurídicos relevantes como função e razão de existir da disciplina criminal;

2) o estudo do progresso da ciência penal na história também evidencia que, nos períodos colonial e imperial (e até no início do republicano), as punições eram muito mais severas e arbitrárias, sendo a pena de morte largamente aplicada, pelos motivos mais insignificantes, possivelmente em razão da ausência de positivação e clareza adequadas das leis e da quase ilimitada discricionariedade atribuída ao julgador;

3) com o passar do tempo, percebeu-se que ilícitos justificados por preceitos enraizadamente religiosos, sobretudo aqueles cometidos na esfera privada, aos quais eram previstas reprimendas terríveis, como o adultério e as práticas homossexuais, foram perdendo a sua relevância para o âmbito do Direito Penal;

4) no mesmo sentido, a tutela da livre manifestação sexual, que era garantida apenas à “mulher honesta”, estendeu-se a todas as mulheres (e aos homens!), revogando-se, por exemplo, a circunstância que previa a exclusão da pena do ofensor que se casasse com a vítima;

5) a dignidade da pessoa humana – conceito intrinsecamente cristão, fundado na dignidade do homem (e da mulher) por terem sido criados à imagem e semelhança de Deus e que, por meio da Encarnação e Redenção de Nosso Senhor Jesus Cristo, assumiram a filiação divina –, tornou-se, através de uma roupagem secularizada, o princípio norteador do Estado democrático de direito;

6) no âmbito da sexualidade, por meio da reforma legislativa realizada através da Lei n. 12.015/2009, a terminologia atribuída ao Título VI do Código Penal, que era designado “*Dos crimes contra os costumes*”, passou a ser denominado como “*Dos crimes contra a dignidade sexual*”, o que evidenciou a dignidade sexual como bem jurídico derivado da dignidade da pessoa humana;

7) além disso, as referidas alterações da lei penal, também modificaram diversos tipos penais, cumprindo-se destacar a revogação do artigo 224 do Código Penal, no qual era prevista a presunção de violência, que, frequentemente, era aplicada ao estupro (artigo 213) ou ao atentado violento a pudor (artigo 214), nos casos em que a vítima não fosse maior de 14 anos, apresentasse alguma debilidade conhecida pelo agente, ou que não pudesse, por qualquer causa, oferecer resistência;

8) por outro lado, a Lei n 12.015/2009 inaugurou um novo tipo penal, então disposto no artigo 217-A do Código Penal, designado estupro de vulnerável, que prevê tanto o estupro quanto qualquer outro ato libidinoso praticado contra vítimas vulneráveis, quais sejam: os menores de 14 anos (*caput*), e aqueles 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*” (§ 1º);

9) a sanção prevista aos delitos de estupro e prática de ato libidinoso foi unificada, para a pena privativa de liberdade de reclusão de 8 a 15 anos, podendo ser majorada se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave (§ 3º), ou se importar na morte da vítima (§ 4º);

10) com as modificações legais, a polêmica que cercava a presunção de violência, no tocante à possibilidade (ou não) de ser relativizada em relação aos menores de 14 anos, foi transferida para o estupro de vulnerável, só que agora quanto ao conceito de vulnerabilidade;

11) a vulnerabilidade é conceituada em diversas áreas do conhecimento, sempre referindo-se a alguém submetido a uma situação de fragilidade, constrangimento, exploração, entre um forte e um fraco;

12) na configuração dos delitos sexuais, a caracterização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, de igual modo, deve ser reflexo de uma relação assimétrica e abusiva, que atente contra a liberdade e a dignidade sexual da criança ou do adolescente envolvido;

13) no que concerne à possibilidade de relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, para a prática de atos de natureza sexual, a presente pesquisa demonstrou que a

doutrina não é unânime, pelo contrário, nem sequer é possível eleger um entendimento predominante, diante da radical divisão verificada entre os autores;

14) a controvérsia a respeito da relativização no crime de estupro de vulnerável ainda não chegou ao Supremo Tribunal Federal, no entanto, a esmagadora maioria dos julgados – com a exceção de, apenas, uma decisão que foi abordada no corpo do trabalho –, que tratam da relativização da presunção de violência, foram no sentido de reputá-la absoluta, sob o principal argumento de que o consentimento dos menores de 14 anos, para práticas sexuais é inválido, de modo que, ao que tudo indica, a tendência absolutista conservar-se-á quando tratar do estupro de vulnerável;

15) no Superior Tribunal de Justiça, muito embora seja possível destacar diversos acórdãos nos quais a presunção de violência foi relativizada, inclusive ao tratar de adolescentes prostituídas, em todas as decisões encontradas, que julgaram delitos praticados na vigência da Lei n. 12.015/2009, o referido tribunal se posicionou pelo caráter absoluto da vulnerabilidade dos menores de 14 anos;

16) já, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, surpreendentemente, as decisões estão cada vez mais divididas ao tratar da referida categoria de vulneráveis, de modo que, não obstante a posição majoritária ainda seja pela absolutização do conceito, diversos julgados recentes estão decidindo pela relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, especialmente nos casos em que se tratam de relacionamentos amorosos voluntários entre indivíduos de idades relativamente próximas;

17) por fim, diante de toda a doutrina e jurisprudência estudada, ao buscar uma interpretação alternativa razoável e realista que pudesse ser tecnicamente defensável, bem como sanar as diversas incongruências geradas pela aplicação do conceito de vulnerabilidade com caráter absoluto, sustentou-se, fundado na teoria da imputação objetiva, que é possível a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos;

18) desse modo, para a configuração do delito em questão, além da análise da tipicidade formal – descrita no próprio tipo penal, previsto no artigo 217-A do Código Penal –, faz-se necessário, ainda, o exame da vulnerabilidade, dos menores de 14 anos, para a configuração tipicidade material da conduta, isto é, da existência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, a dignidade sexual das crianças e adolescentes.

. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. *Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 4. ed. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Presunção de Violência no Estupro de Vulnerável: Comentário à Decisão da 3.^a Seção Criminal do STJ no EREsp 1.021.634. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 511-550, jul./ago. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2014.039579-9, Rel. Desembargador Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, julgado em 15/07/2014.

BRASIL, Ministério da Saúde. Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em:

<http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf>. Acesso em: 8 dez 2014.

_____. Decreto n. 5.017, de 12 de Março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 23 dez 2014.

_____. Lei n. 11.829, de 25 de Novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm#art1>. Acesso em: 30 dez 2014.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730&tp=1>>.

_____. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC n. 51500, Rel. Min. Antônio Neder, Segunda Turma, julgado em 08/10/1973. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=63401>>.

_____, Supremo Tribunal Federal. RE n. 94005, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em 19/05/1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187490>>.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC n. 73662, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>>.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC n. 81268, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 16/10/2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78677>>.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC n. 93263, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 19/02/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520123>>.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1363531/MG, Rel^a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/06/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300278357&dt_publicacao=04/08/2014>.

_____, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1371163/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 25/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300796774&dt_publicacao=01/08/2013>.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1434783/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/06/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400337664&dt_publicacao=27/06/2014>.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1353398/RN, Rel^a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/05/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202391043&dt_publicacao=09/06/2014>.

_____, Superior Tribunal de Justiça. HC 236.004/AM, Rel^a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/05/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200514672&dt_publicacao=20/05/2014>.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1407852/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/11/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303332921&dt_publicacao=20/11/2013>.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp 191.197/MS, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP), Quinta Turma, julgado em 16/12/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201237767&dt_publicacao=19/12/2014>.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1244672/MG, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 21/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100470268&dt_publicacao=27/05/2013>.

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2012.053544-5, Rel. Desembargador Newton Varella Júnior, Primeira Câmara Criminal, julgado em 06/11/2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000MHQB0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5066964&pdf=true>>.

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2014.067148-6, Rel. Desembargador Newton Varella Júnior, Quarta Câmara Criminal, julgado em 09/04/2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000SSPE0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7945261&pdf=true>>.

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2013.057402-4, Rel. Desembargador Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, julgado em 20/02/2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000PMLI0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6555321&pdf=true>>.

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2012.039044-9, Rel. Desembargador Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, julgado em 01/07/2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000M4BX0000&nuSeqP>>

rocessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7029376&pdf=true>.

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2015.013528-2, Rel. Desembargador Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, julgado em 26/03/2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000U2DE0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7882293&pdf=true>>.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Especial 1. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito Penal Brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDOSO, Denise Machado; SILVA, Marcelo Ricardo dos Santos. Uma análise sobre a sexualidade e a influência da mídia na adolescência: identidade cultural contemporânea entre adolescentes de uma escola de Belém. **Revista do Difere**, Pará, v. 8, n. 6, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.artificios.ufpa.br/Artigos/Revista6/artigo%20Denise%20Cardoso.pdf>>. Acesso em: 23 dez 2014.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. Parte Especial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. **Código Penal comentado**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Compêndio do Catecismo da Igreja Católica, n. 358. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_po.html>. Acesso em: 16 set 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pedofilia e Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Especial. Salvador: Jus Podivum, 2014.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais. São Paulo: Malheiros, 2013.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014.
- ELUF, Luiza Nagib. A Reforma dos Crimes Sexuais. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, p. 104-106, ago./set. 2009.
- ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**. Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.
- FERRÃO, Silva. **Código Penal Portuguez**. Lisboa: Typographia Universal, 1856.
- FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; MARTINS, Flávio. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Difusos e Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 1. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.
- 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.
- 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.
- GENTIL, Plínio Antônio Britto. JORGE, Ana Paula. Crimes Sexuais – O Novo Estatuto Legal: do Estupro do Homem ao Fim das Virgens. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, p. 93-103, ago./set. 2009.
- GOMES, Luís Flávio. **Teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: Revista dos _____, Luiz Flávio. Tipicidade penal = tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8383>>.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. II. 11ª Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I. Tomo I. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958.

- ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal, 3**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____, Damásio de. **Código Penal anotado**. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LYRA, Roberto. **Introdução ao estudo do direito criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1946.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dignidade e Liberdade Sexual: o Objeto de Tutela nos Crimes Sexuais e a Exploração Sexual. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 99-128, abr./maio 2014.
- _____, João Paulo Orsini. Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 68, p. 7-24, jun./jul. 2011.
- MARTINS, Salgado. **Sistema de Direito Penal Brasileiro: Introdução e Parte Geral**. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1957.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal, 2**. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- _____, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal, 2**. 29ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- MYSSIOR, André. Comentários Sobre a Nova Lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, v. 24, n. 153, p. 451-466, mai./jun. 2010.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____, 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 12.015/2009). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 9-35, set./out. 2010.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. II. 9ª Ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

- PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes Sexuais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- _____, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- SPRINTHALL, Norman A.; COLLINS, W. Andrew. **Psicologia do Adolescente**. Uma abordagem desenvolvimentista. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro - I, II**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.
- _____, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Campinas: Romana, 2004.

