

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CASOS DE ESTUPRO DE  
VULNERÁVEL**

Victória Domingues Ribeiro Garcia

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CASOS DE ESTUPRO DE  
VULNERÁVEL**

Victória Domingues Ribeiro Garcia

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2017

# **A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de Bacharel  
em Direito.

---

Mário Coimbra  
Orientador

---

Florestan Rodrigo do Prado  
Examinador

---

Claudio José Palma Sanchez  
Examinador

Presidente Prudente, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado.

(Theodore Roosevelt)

Dedico este trabalho aos meus pais, ao meu irmão e as demais pessoas que eu amo, por terem me dado o apoio suficiente por todos esses anos de faculdade e por me incentivarem todos os dias a buscar um dos meus sonhos, a conclusão do curso superior.

## **AGRADECIMENTOS**

Nessa caminhada só tenho a agradecer por todos que fizeram e fazem parte da minha vida durante esses anos da graduação.

Em primeiro lugar a Deus, por ser o caminho, proteção, base e centro da minha vida. Sem Ele, eu não conseguiria ser quem sou hoje e ter realizado este importante trabalho.

À minha família por terem me dado o bem da vida e por terem confiado nas minhas escolhas, me dando amor, apoio e incentivo sempre.

Aos meus amigos, por compartilharem comigo grandes momentos de reflexão, cumplicidade e diversão, dando-me força e suporte.

Aos meus examinadores por aceitarem o convite e estarem presentes nesse momento marcante da minha vida acadêmica e profissional. E em especial, ao meu professor e orientador Mário Coimbra, por suas valiosas e enriquecedoras contribuições e orientações que me permitiram enfrentar este desafio.

Por fim, a todos que estão ao meu redor e colaboraram de alguma forma para a conclusão deste trabalho, de forma direta ou indireta, minha eterna e profunda gratidão.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a presunção de violência inserida no crime de estupro de vulnerável. Seu objetivo é fazer uma reflexão a respeito da adoção do critério absoluto e do critério relativo no que se refere à presunção absoluta, fazendo uma triagem cronológica da adesão desses critérios de acordo com o passar dos anos. Foram apontados os aspectos históricos da presunção de violência que está inserida no crime de estupro de vulnerável, trazendo aspectos referentes à evolução da capacidade de compreensão do menor de 14 (quatorze) anos desde 1940. Logo após, houve o estudo do tipo incriminador, qual seja do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro. Analisou-se a relação dos princípios orientativos do Direito Penal com os crimes sexuais em geral, bem como com o delito de estupro de vulnerável. Além disso, foi abordada a visão da Psicologia frente às crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. No final, conceituou-se os referidos critérios para melhor compreensão, explanou-se sobre a divergência da natureza jurídica da presunção de violência nos crimes sexuais, mais precisamente no crime de estupro de vulnerável, com enfoque no menor de 14 (quatorze) anos, quando vítima. No último momento, foram feitos apontamentos sobre alguns reflexos jurídicos na jurisprudência atual acerca da presunção de violência, estabelecendo uma linha tênue com as mudanças constantes na sociedade em geral.

**Palavras-chave:** Estupro de Vulnerável. Presunção de violência. Crimes Sexuais. Critério Absoluto. Critério Relativo. Evolução. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 12.015/2009. Consentimento da vítima. Limite etário. Vulnerabilidade.

## ABSTRACT

The present paper aims to study the presumption of violence inserted in the crime of rape of vulnerable. Its purpose is to reflect on the adoption of the absolute criterion and the relative criterion in what refers to absolute presumption, making a chronological selection of the adherence of these criteria as the years go by. The study points out the historical aspects of the presumption of violence that is inserted in the crime of rape of vulnerable, bringing aspects related to the evolution of the comprehension capacity of the child of less than 14 (fourteen) years since 1940. Furthermore, there was the study of the incriminating type, or of article 217-A of the Brazilian Penal Code. This work also analyzes the relationship of the guiding principles of Criminal Law with the sexual crimes in general, as well as with the crime of rape of vulnerable. In addition, the approach of Psychology to children and adolescents victims of sexual abuse has been addressed. Moreover, the criteria for a better understanding was defined and the divergence of the legal nature of the presumption of violence in sexual crimes explained, more precisely in the crime of rape of vulnerable, with a deeper focus on minors under 14 (fourteen) years of age, when in the condition of victim. In closing, notes were made on some legal reflexes in the current jurisprudence about the presumption of violence, establishing a fine line with the constant changes in the society in general.

**Keywords:** Rape of Vulnerable. Presumption of violence. Sexual Crimes. Absolute criterion. Relative criterion. Evolution. Child and Adolescent Statute. Law nº 12.015 / 2009. Consent of the victim. Age limit. Vulnerability.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>AS MUDANÇAS NO COMPORTAMENTO SEXUAL DA VÍTIMA</b>	<b>12</b>
2.1	A Evolução da Percepção Sexual do Menor de 14 anos	12
2.2	A Validade Jurídica do Consentimento da Vítima	13
<b>3</b>	<b>ANÁLISE DO TIPO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL</b>	<b>16</b>
3.1	Conceito	16
3.2	Objeto Jurídico Tutelado	17
3.3	Sujeitos	17
3.4	Classificação Doutrinária	18
3.5	Elemento Objetivo e Subjetivo do Tipo	20
3.6	Consumação e Tentativa	22
3.7	Qualificadoras e Hediondez	23
3.8	Causas de Aumento de Pena	25
3.9	Pena e Ação Penal	26
<b>4</b>	<b>PRINCÍPIOS ORIENTATIVOS DO DIREITO PENAL</b>	<b>28</b>
4.1	Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal e o Princípio da Proibição da Analogia “In Malam Partem”	28
4.2	Princípio da Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica x Princípio da Irretroatividade	30
4.3	Princípio da Culpabilidade	32
4.4	Princípio da Proporcionalidade	34
4.5	Princípio do Estado de Inocência e o Princípio do In Dubio pro Reo	36
4.6	Princípio “Ne Bis In Idem”	37
4.7	Princípio da Insignificância	39
4.8	Princípio da Individualização da Pena	41
4.9	Princípio da Igualdade	42
4.10	Princípio da Intervenção Mínima	44
4.11	Princípio da Humanidade	44
4.12	Princípio da Ofensividade e o Princípio da Fragmentariedade	46
<b>5</b>	<b>DA PERSONALIDADE DO ADOLESCENTE</b>	<b>49</b>
5.1	Fatores Mesológicos Como Preponderantes na Sexualidade	49
5.2	A Visão Psicológica da Criança Vítima de Abuso Sexual	54
5.3	O Consentimento do Menor Considerado Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. 8.069/90)	60
<b>6</b>	<b>DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL</b>	<b>63</b>
6.1	Projeto de Lei	63
6.2	Da Presunção de Violência	64
6.2.1	Modalidades de presunção: absoluta e relativa	65
6.2.2	Natureza jurídica da presunção nos crimes sexuais	69

6.2.3 Presunção de violência frente à legislação penal brasileira com enfoque nos crimes sexuais .....	70
6.2.4 Os tribunais superiores frente a uma análise argumentativa sobre a natureza jurídica da presunção de violência no crime de estupro de vulnerável .....	74
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>84</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema para o desenvolvimento da pesquisa de Monografia é justificada pelo crescente número de casos que mais atinge a vida das pessoas, o crime de estupro. A violência que se faz presente nesses casos é o que mais carece de rigor do Estado, tendo em vista que além de violência física, há um grande impacto psicológico na vida da vítima.

Concorrentemente, se faz necessário o acompanhamento Estatal nas mudanças sociais, tendo assim, a iniciativa de mudança no ordenamento jurídico quando este não estiver mais atendendo os litígios vigentes.

É imprescindível que haja punição ao comportamento criminoso, porém, há determinadas condutas atualmente que já não são mais consideradas potencialmente graves. Existem aqueles comportamentos que no passado não eram tipificados como condutas delitivas, mas atualmente se faz necessário fazer parte do rol de condutas tipificadas como criminosas carecendo de maior atenção do legislador.

A previsão do delito de estupro de vulnerável, tipificado atualmente no artigo 217-A do Código Penal, foi motivada pelas diversas mudanças na legislação brasileira no que tange aos crimes contra a dignidade sexual.

Há uma presunção de violência que se faz presente nesse crime, prevista pelo próprio legislador, de origem no Direito Romano. O Imperador Justiniano, através da compilação jurídica denominada de Corpus Júris Civilis, restringiu a idade do menor a fim de determinar que ele não tinha a capacidade de estabelecer-se quando o assunto era a sua sexualidade.

Assim, o Código Imperial passou a prever a idade de 17 (dezessete) anos para aferir se o indivíduo tinha ou não a capacidade de entendimento de consentir com a prática sexual. Posteriormente, após o aviso 512 de 05.11.1862, crimes contra a dignidade passaram a carecer de pena mais grave.

Com o Código Penal de 1890, a presunção de violência passou a estar prevista expressamente, porém, se referindo aos menores de 16 (dezesesseis) anos. Assim, antes dessa idade, o legislador considerava que o menor não tinha a capacidade de discernimento sobre os atos sexuais.

Com o vigente Código Penal de 1940, tal presunção passou a se referir aos menores de 14 (quatorze anos), onde o legislador passou a considerar as mudanças sociais que se faziam presentes na época da edição desse Código.

Passou-se então, a adotar um critério absoluto quanto a essa presunção, posicionamento influenciado pelas diversas decisões dos tribunais quando versavam sobre julgados referentes a esses crimes.

A utilização do critério supramencionado passou a ser alvo de diversas críticas uma vez que não admitia prova em contrário da presunção, ou seja, de que não houve violência ou grave ameaça ao menor de 14 anos. Desse modo, passaram a ser objetos de indagações a irrelevância do desenvolvimento físico e mental do menor, a conduta dele diante do ato sexual e a utilização única e exclusivamente do critério etário para presumir a violência.

Em 2009, com a vinda da Lei 12.015, a qual estabeleceu diversas alterações no Título VI do Código Penal Brasileiro de 1940, o artigo 224 que previa expressamente a presunção de violência quando a vítima era menor de 14 (quatorze) anos, foi revogado. Assim, o legislador estabeleceu nos novos tipos penais a presunção de violência, porém, deixando margem, mesmo com a tal revogação, para a utilização da presunção relativa de violência e grave ameaça.

De mais a mais, com as grandes mudanças nos aspectos sociais e morais da atualidade, a fixação de faixas etárias deflagrou inúmeros debates acerca da aplicação da regra da presunção de violência nos crimes sexuais contra crianças. Assim, pode-se afirmar que o critério absoluto predominou por muito tempo e ainda nos dias de hoje tem predominado nos Tribunais Superiores. Todavia, em decorrência dos costumes e contexto social da sociedade atual, diversa daquela existente na edição do Código Penal de 1940, o critério relativo passou a ser repensado por alguns magistrados, fazendo-os pensar e até mesmo julgar admitindo prova em contrário de forma a inocentar o agente, analisando o caso concreto.

Dessa forma, diante do embate entre a aplicação do critério absoluto, *juris et de jure*, sem admitir prova em contrário e a aplicação do critério relativo, *juris tantum*, o presente trabalho procurou fazer apontamentos acerca da “triagem” histórica em que a referida presunção de violência passou, bem como, sobre a mudança da visão do aplicador do Direito quanto a consideração de qual critério utilizar, diante das constantes mudanças morais e sociais da época atual.

Superada a menção aos aspectos históricos que nortearam a presunção de violência com base no estupro de vulnerável, as mudanças na sociedade como um todo e na percepção do menor de 14 (quatorze) anos, passou-se a examinar os princípios orientativos do direito penal, relacionando-os com os crimes sexuais, mais

precisamente, com o estupro de vulnerável.

Ainda, buscou-se fazer uma breve análise dos fatores mesológicos que preponderam na sexualidade do ser humano desde a infância, bem como analisou-se a visão psicológica da criança e do adolescente quando vítimas de abuso sexual, sem, no entanto, pormenorizá-la, pois não é esse o verdadeiro foco do presente trabalho.

Ademais, aprofundou-se sobre o conteúdo do delito de estupro de vulnerável com o enfoque no critério etário do referido delito e procurou-se detalhar sobre presunção de violência – também chamada atualmente de presunção de vulnerabilidade – que norteia esse delito e os demais crimes sexuais. Por fim, acentuou-se as diversas discussões vigentes na jurisprudência sobre qual critério se deve adotar, se há possibilidade de discussão da circunstância de ser vulnerável pelo critério etário caso a caso, ou não.

Foi utilizado neste trabalho o método dedutivo, conjuntamente com o indutivo. O dedutivo foi empregado no sentido de buscar compreender a intenção do legislador em estabelecer o critério etário de 14 (quatorze) anos para a vítima ser considerada vulnerável ao estupro e no sentido de entender os motivos que norteiam a aplicação da relativização dessa vulnerabilidade em determinados casos. Já o indutivo, foi utilizado com o intuito de fornecer um forte apoio ao leitor para que se formule uma conclusão sobre mitigar ou não a presunção da vulnerabilidade, mas a verdade é que a conclusão não é garantida, porque o embate doutrinário e jurisprudencial acerca desse tema se faz presente até os dias atuais, sendo impossível de esgotá-lo.

## **2 AS MUDANÇAS NO COMPORTAMENTO SEXUAL DA VÍTIMA**

Os comportamentos sexuais das sociedades variam conforme o tempo e o espaço, desse modo, a vítima menor de 14 (quatorze) anos que não tinha maturidade sexual para decidir sobre a sua liberdade sexual, quando da edição do vigente Código Penal de 1940, hoje já não carece de ter o tratamento de extrema proteção.

### **2.1 A Evolução da Percepção Sexual do Menor de 14 anos**

O bem jurídico tutelado pelo legislador no que se refere aos crimes sexuais é o da liberdade sexual, mais precisamente, o da dignidade sexual da vítima, a qual seria um subtipo do princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana. Antigamente era necessário que houvesse certa cautela nos crimes sexuais envolvendo menores para assegurar a tutela da dignidade sexual deles, tendo em vista que os padrões eram outros e o conhecimento acerca do ato sexual era restrito. Desse modo, a presunção de violência em tais crimes era justificável, porém, atualmente ela passou a ser considerada uma imposição moral e ética ao menor, que tem meios para conhecer da prática sexual, consentir com ela e alcançar uma maturidade sexual precoce.

A negação da capacidade de autodeterminação que foi imposta pelo já revogado art. 224, alínea “a” do Código Penal pode ser considerada antiquada no que se refere a eficácia da norma nos dias atuais para aqueles que defendem ainda a ideia de sua aplicabilidade. O adolescente que tem a consciência sexual e tem consciência de como tratar da sua sexualidade não necessita da intervenção do Direito Penal para punir o maior com quem ele se relaciona, uma vez que seria um meio de cercear a liberdade dele, presumindo que ele foi vítima de um ato violento por não ter ainda alcançado os quatorze anos completos.

Há quem diga que a adoção à concepção de presunção de violência quando um menor de 14 (quatorze) anos se relaciona sexualmente com outrem maior de idade, seria uma violação ao princípio constitucional de inocência. Essa violação é alcançada por não ser necessário que o órgão acusador fundamente com base em um robusto conteúdo probatório, pois tendo presente a presunção, não se admite a prova em contrário de que não houve violência ou grave ameaça à vítima.

No que diz respeito à violação supramencionada, Luiz Flávio Gomes dispõe:

O acusador, destarte, por força da presunção legal, desobriga-se de comprovar parte dos fatos.

E essa desobrigação (advinda de determinação infraconstitucional) confronta de cheio com o princípio (constitucional) da presunção de inocência, como regra probatória, que exige do acusador a prova dos fatos (em sua integralidade). Parte do tipo penal é concretizada pelo acusado (até aqui ele responde pelo que fez). A outra parte é realizada pelo Legislador (agora o agente responde pelo que o legislador presumiu). O acusado, em suma, se levarmos o raciocínio ao extremo, acaba respondendo por algo que foi feito pelo legislador, não por ele. Seria o caso de se falar, desde logo, em responsabilidade penal objetiva (responsabilidade por fato de outrem) (2001, pg. 121/122).

Diante do exposto, o menor de quatorze anos nos dias atuais possui condutas que merecem uma melhor avaliação se comparada àquela em que o legislador se pautava ao elaborar o tipo penal que trata dele ser vítima de um estupro de vulnerável. Deve-se ter uma construção jurídica do referido tipo com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no da proporcionalidade.

## **2.2 A Validade Jurídica do Consentimento da Vítima**

Considerar que a partir dos 14 (quatorze) anos de idade a possível vítima do crime de estupro de vulnerável pode dispor do seu corpo de forma livre para que exerça a sua capacidade sexual, é, portanto, considerar seu consentimento sobre eventual prática sexual ao alcançar o limite etário supramencionado. Tal consideração não é válida juridicamente, uma vez que esse menor é tido como inocente quando se trata de matéria sexual, isso porque ele não tem capacidade de entendimento do que é a vida sexual e muito menos de autodeterminar-se perante ela.

Em sentido contrário à fixação do limite etário como critério para auferir a presunção de violência e a validade do consentimento que trata de estupro de vulnerável, o Juiz Márcio Bártoli (2001, s.p.) apud GOMES (2001, pg. 35) faz crítica sobre a explicação do legislador na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal Brasileiro:

Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato sexual contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos

adolescentes, é a *innocentia consillii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta a lascívia de outrem. (BORGES, p. 02, 2009. Relativização da Violência Sexual presumida e a tutela do menor. Artigo Científico, Jus.com. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12815/relativizacao-da-violencia-sexual-presumida-e-a-tutela-do-menor/2>>. Acesso em 10.09.2017).

É certo que desde o início do processo de globalização, no final do século XX e início do século XXI, as integrações culturais e sociais impulsionadas por tal processo, propiciaram alterações nos padrões socioculturais do mundo atual. Diante disso, o assunto “sexo” que era considerado “imoral” antigamente, hoje, passou a ser discutido livremente.

Assim, com as inúmeras informações e esclarecimentos que se têm hoje em dia acerca do tema, é possível afirmar que a maioria dos adolescentes menores de 14 (quatorze) anos já tenham firmado algum conhecimento a respeito da vida sexual e de seus riscos, criando uma evidente consciência acerca da disposição do seu corpo perante o ato sexual. Nesse ínterim, no que concerne ao adolescente e a validade de seu consentimento, cada caso é um caso, sendo necessário avaliar se há vícios no consentimento do menor e se ele dispôs livremente do seu corpo.

Há quem diga que afirmar que o adolescente menor de 14 (quatorze) anos possui noção dos atos sexuais e de seu comportamento perante eles, é precipitado, uma vez que o referido menor pode realmente ser leigo em tal assunto. Entretanto, mesmo diante de argumentos como esse, não é possível alegar que o consentimento dele é inválido por si só, seria necessário nesse caso reunir elementos de prova suficientes, de modo a provar a sua insciência em relação aos fatos sexuais, ou seja, fazer com que a presunção de violência seja suscitada de maneira relativa, para posteriormente, poder afirmar sobre a validade do seu consentimento.

No que diz respeito a autodeterminação sexual baseada no critério etário, o magistrado Márcio Bártoli (1996, s.pg.) apud GOMES (1996, pg. 164/165) reprova:

Determinar o conceito do que seja liberdade sexual das pessoas não constitui tarefa gravosa. A dificuldade apresenta-se, em verdade, no momento de fixar a época em que a autodeterminação sexual pode ser exercitada livremente. É comum vincular-se tal ocasião a um determinado nível etário. Mas, o que se tem é que tal critério é de manifesta impropriedade, porque significa que a

pessoa adquire a capacidade de decidir, com liberdade, sua vida sexual ao atingir uma idade, legalmente, prefixada, mas está proibida de fazê-lo até a véspera de completar tal idade. Esta postura de rigidez atrita contra a lógica e o bom senso, porque não pode existir uma passagem brusca da privação da liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade. A conquista da liberdade sexual é um processo dinâmico que pode, sem dúvida, perfazer-se bem antes do limiar etário estabelecido pelo legislador. As leis brasileiras filiaram-se à corrente que relaciona a capacidade de autodeterminação sexual à verificação de um determinado marco etário. Superado o limite da idade, a pessoa tem possibilidade de, livremente, exercer a sua sexualidade. Antes de tal faixa, mesmo tendo conhecimento a respeito de sua sexualidade, a vítima não tem disponibilidade alguma sobre o próprio corpo, nem condições pessoais para repelir propostas ou agressões que lhe são endereçadas nesta esfera. Nesse caso, seu consentimento para a prática sexual é inválido e se presume, por lei, que o agente atuou com violência (CAMARGO, s.p., 2001. A possibilidade do comportamento provocador da vítima menor de quatorze anos. Artigo Científico, In: **Ambito Jurídico**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5450](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5450)>. Acesso em 10.09.2017).

A questão da validade do consentimento do ofendido menor de 14 (quatorze) anos quando se trata de disposição do seu corpo frente aos atos sexuais é um tema não pacificado ainda perante os tribunais e doutrinas, pois ainda se faz muita confusão entre o Direito Penal e a Moral Social. Há quem diga que a presunção de violência pode ser afastada somente pelo erro plenamente justificado quanto à idade da vítima, não tornando relativa a presunção, e, também, há aqueles que dizem que dependendo das condições do menor durante a prática do ato sexual e seu nível de autodeterminação quanto a sua sexualidade, é possível dar validade ao seu consentimento e não considerá-lo vítima de um crime.

### 3 ANÁLISE DO TIPO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei nº 12.015/2009 trouxe inúmeras alterações ao Título VI do Código Penal, atual “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, dentre elas, instituiu uma nova figura típica ao referido diploma legal: o estupro de vulnerável, disposto no artigo 217-A. À frente da importância dessa nova capitulação, passamos a fazer um estudo deste tipo penal.

#### 3.1 Conceito

Considera-se este delito como uma forma qualificada prevista em tipo penal diverso do seu "tipo-base", disposto no artigo 213 do Código Penal, o crime de estupro. Assim, como parte do "tipo-base", o crime de estupro de vulnerável consiste em "ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso" com a vítima, todavia, não menciona que tais condutas só se configuram a partir de um constrangimento a ela, mediante violência ou grave ameaça, como preceitua o referido artigo 213.

No crime de estupro de vulnerável, o eventual constrangimento se esgota em uma das elementares do tipo, a elementar "vulnerável". Há quem discuta sobre a existência ou não do constrangimento real, porém, não é esse o momento para explanar tal debate. Por fim, o teor do delito de estupro de vulnerável é o seguinte:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). (BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10.09.2017.

Isto posto, somente haverá o delito de estupro de vulnerável, quando a vítima for considerada vulnerável pela lei penal, isto é, pessoa menor de 14 (quatorze) anos, bem como aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem como discernir a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. A vulnerabilidade dessas vítimas se manifesta pelas características que elas detêm, quais sejam, a fragilidade, o estado de fraqueza, o ser suscetível a qualquer coisa que lhe possa causar dano.

### 3.2 Objeto Jurídico Tutelado

Entende-se por objeto jurídico o valor visado pelo direito penal que se preocupa em protegê-lo, aquilo que deriva elevado interesse para o ser humano e uma vez violado pelo criminoso, dá-se a prática do crime em questão. Portanto, se o objeto jurídico é o valor protegido, o estupro de vulnerável tem como objetividade jurídica a dignidade sexual da vítima vulnerável, visto que, por sua condição de fragilidade, é incapaz de discernir e consentir com a prática dos atos sexuais. Assim sendo, tutela as pessoas que não detêm a capacidade de gozar de suas faculdades de forma consciente.

A respeito do objeto tutelado, Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, pg. 187) doutrinam:

Tutela-se, de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito.

Nesta vereda, destaca-se a grande importância desse elemento, pois trata-se do bem-interesse tutelado pela lei penal e ante sua ausência, não há que se falar em violação e nem sequer em crime.

### 3.3 Sujeitos

São sujeitos do crime qualquer pessoa, seja ela homem ou mulher, entretanto, no polo passivo, é obrigatório a condição de ser *vulnerável*. A norma do artigo 217-A elenca quem são, em qualquer hipótese, os vulneráveis, sendo

o menor de 14 (quatorze) anos; aqueles que independentemente da idade, estão na condição de enfermo ou apresentam alguma deficiência mental, incapazes de discernir quanto a prática do ato sexual; ou ainda, aqueles que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência.

É importante mencionar no que refere ao sujeito passivo, quando se trata do menor de quatorze anos. Isso porque, se o crime for cometido exatamente na data em que a vítima completa 14 (quatorze) anos, não há que se falar no crime em questão, todavia este fato poderá ser caso de estupro, se presentes os requisitos, delito previsto no supramencionado artigo 213 do Código Penal.

Ademais, no tocante aos sujeitos que podem figurar no polo passivo, com relação àquele que está na condição de enfermo ou apresenta alguma deficiência mental, mesmo que acometido por enfermidade ou deficiência, se não tiver sua capacidade de consentimento suprimida, não é possível vedar seu direito de dispor de sua sexualidade, em outras palavras, não será considerado vítima de estupro de vulnerável. Ainda, quando o Código se refere à pessoa que por “qualquer outra causa não pode oferecer resistência”, cria hipóteses de interpretação analógica com abrangência restrita, na qual faz alusão àqueles indivíduos que se encontram em situações diversas das já elencadas, desde que impedidos da possibilidade de discernir ou de resistir. Nessa categoria, é possível citar a título de exemplo: a pessoa que está sob o efeito de entorpecente, sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa, desde que totalmente incapaz de discernir, a pessoa em coma ou até mesmo em sono profundo.

Por fim, o que é imprescindível saber para fins de tipificação das hipóteses elencadas nos parágrafos do artigo 217-A, a vítima deve ter sua capacidade suprimida, ainda que de forma momentânea ou duradoura, motivada por causas naturais ou provocadas. Em suma, é possível concluir que o que importa é o discernimento da vítima no momento da relação sexual ou ato libidinoso e a sua capacidade de oferecer resistência no instante do ato.

### **3.4 Classificação Doutrinária**

Para a maioria da doutrina o crime de estupro de vulnerável é considerado crime comum, uma vez que o tipo penal não exige uma determinada característica do agente. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt defende: “Trata-se

de crime *comum* (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo; o fato de somente alguém vulnerável poder ser sujeito passivo não o qualifica como crime próprio); [...]” (2015, p. 1017). Além de comum, é unissubjetivo, podendo ser cometido somente por uma pessoa.

É crime material, isto é, o tipo prevê não só a conduta criminosa, mas também um resultado naturalístico, é necessária uma transformação no mundo exterior para sua configuração. Não há previsão da modalidade culposa no tipo, sendo, portanto, crime doloso quanto ao elemento subjetivo.

Quanto à modalidade de conduta trata-se de crime de forma livre, também chamado de crime de conduta variável, uma vez que pode ser praticado de qualquer forma, tanto por conjunção carnal quanto por qualquer outro ato libidinoso. O tipo implica a prática de uma ação e a conduta pode ser dividida através de vários atos, assim, é delito comissivo e plurissubsistente, respectivamente.

Há de se destacar a possibilidade de ser crime omissivo impróprio quanto aos meios de execução, isto é, crime comissivo por omissão. Nessa classificação, por exemplo, é possível citar o caso no qual a genitora da vítima deixa de exercer o seu papel protetivo, pois possui conhecimento do delito e não leva o caso a conhecimento das autoridades por achar normal a cópula, deixando de atuar não obstante a realização do ato.

Sobre a impossibilidade da vítima em oferecer resistência, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini lecionam:

Em termos genéricos, a impossibilidade da vítima de resistir à prática dos atos sexuais pode decorrer de uma incapacidade de entendimento e autodeterminação, que se refere à compreensão e vontade conscientes, ou de uma incapacidade de externar o seu dissenso por meio de ações concretas de oposição à conduta do agente. Porque a lei não distingue, essa impossibilidade de resistência pode resultar de uma condição permanente ou duradoura preexistente ou ser eventual e transitória, desde que existentes no momento do crime (2015, pg. 1564).

Por fim, é classificado como delito instantâneo pelo fato da consumação da infração não se alongar no tempo, tendo um momento próprio para configurar-se e também é elencado como crime de dano, pois para sua consumação, é exigida a lesão ao bem jurídico tutelado.

### 3.5 Elemento Objetivo e Subjetivo do Tipo

O preceito primário do crime de estupro de vulnerável é caracterizado pelo elemento objetivo de “ter” (isto é, praticar, copular, manter) conjunção carnal ou “praticar” (executar, realizar, exercitar) com vulnerável (menor de quatorze anos, alguém que, por enfermidade, deficiência mental não tenha o necessário discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência).

Sobre essas duas condutas incriminadas, as duas definições se fazem necessárias para melhor entendimento do elemento objetivo do tipo. No que tange à conjunção carnal, trata-se da introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal, por sua vez, é a cópula vagínica. Assim sendo, para essa modalidade de conduta, somente pode ser praticada por pessoas de sexos opostos. Isso porque, é indispensável que haja uma relação entre o órgão genital masculino e feminino, não sendo possível a conjunção carnal entre homossexuais, por exemplo.

Quanto aos denominados atos libidinosos, são considerados atos de conotação sexual destinado a satisfazer a lascívia do agente. Em suma, é todo ato diverso da conjunção carnal, quando não há introdução do membro genital masculino na cavidade vaginal. Destarte, essa modalidade de conduta pode se fazer presente entre relações sexuais envolvendo heterossexuais, homossexuais e transexuais.

Do mesmo modo, Luiz Regis Prado repete sinteticamente a definição de ambas as condutas:

Conjunção carnal, elemento normativo extrajurídico do tipo, consiste na cópula natural efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vagínica natural, com a intromissão do pênis na cavidade vaginal. Ato libidinoso, também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados: fellatio ou irrumatio in ore, cunnilingus, pennilingus, annilingus (casos de sexo oral ou lingual); coito anal, penetração inter femora; masturbação; toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima; contemplação lasciva; contatos voluptuosos, uso de instrumentos mecânicos ou artificiais, entre outros (2011, pg. 673/674).

Sobre a transexualidade, cabe aqui destacá-la, uma vez que ela não pode ser tratada como semelhante à homossexualidade. O transexual é aquele que tem o desejo de viver como se fosse do sexo oposto ao seu, passa por um transtorno de identidade de gênero.

A dúvida que se tem sobre o transexual com relação ao delito de estupro de vulnerável e com relação ao delito de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal é se há possibilidade do transexual que se submete à cirurgia de mudança de sexo (vaginoplastia), isto é, implanta uma neovágia, figurar no polo passivo desses crimes.

Em referência a essa polêmica, Cleber Masson pontua sabiamente:

Antes da Lei 12.015/2009, a resposta era negativa, pois o tipo penal reclamava exclusivamente a prática de conjunção carnal, e o transexual, mesmo com a mudança de sexo, não podia ser considerado mulher. Mas agora, com a fusão do art. 213 do Código Penal do estupro e do atentado violento ao pudor em um único delito, com o nomen iuris estupro, qualquer pessoa pode ser vítima de estupro, inclusive os transexuais. As mulheres, relativamente à conjunção carnal e aos outros libidinosos, e as demais pessoas unicamente no tocante aos atos libidinosos diversos da conjunção carnal (2012, pg. 23).

Em suma, em ambas as modalidades há um envolvimento corpóreo entre os sujeitos. Pode-se afirmar que o fundamento da incriminação de tais condutas é encontrado na presunção implícita da incapacidade do sujeito passivo em se autodeterminar e consentir, isto é, na presunção de constrangimento que a vítima fora submetida com relação à prática do ato sexual.

Quanto ao elemento subjetivo deste delito, o dolo consiste na vontade consciente do agente em ter conjunção carnal com a vítima vulnerável, ou de praticar com ela qualquer outro ato libidinoso. É imprescindível salientar que o agente deve ter consciência da condição de vulnerabilidade da vítima, bem como ter consciência da vedação a qualquer prática sexual com pessoa considerada vulnerável pela lei, podendo, nestes casos incorrer nas hipóteses de erro de tipo ou de erro de proibição.

Anota Guilherme de Souza Nucci a respeito das hipóteses de erro:

No contexto do erro de tipo, torna-se possível que o agente imagine ter relação sexual com alguém maior de 14 anos, embora seja pessoa com 12 ou 13 anos, mas de compleição avantajada. Se o engano for razoável, impõe-se o reconhecimento do erro de tipo escusável (art. 20, caput, CP). Por outro lado, torna-se viável que o agente, pessoa simples, sem cultura, jamais imagine ser vedada a relação sexual com doente mental. Mantido o relacionamento sexual, é preciso verificar se houve erro de proibição escusável. Assim constatado, o caminho é absolvição (art. 21, caput, CP). (2016, pg. 1162).

No mesmo sentido, bem nos ensina Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Apenas o erro de tipo (que não se confunde com presunção relativa) é que pode afastar o delito, quando o agente provar que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, pensava que a moça, que concordou em ter com ele relação sexual, já tinha 14 anos ou mais, por ter ela, por exemplo, mentido a idade e ter desenvolvimento corporal precoce (2011, pg. 537).

Em todos os casos o que importa é que o agente tenha o intuito de satisfazer sua lascívia, seja praticando qualquer das condutas do tipo. Ademais, cabe ressaltar que na hipótese de dúvida do agente quanto a vulnerabilidade da vítima, ainda será responsabilizado pelo delito, pois trata-se de hipótese abrangida pelo dolo eventual.

### **3.6 Consumação e Tentativa**

A consumação do delito se dá conforme a modalidade da conduta do injusto. Na modalidade de “ter conjunção carnal”, o crime se consuma no instante em que há introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal, ainda que a introdução seja incompleta. Já na modalidade de “praticar outro ato libidinoso”, a consumação se traduz com a efetiva execução do ato sexual diverso da cópula vagínica.

Dispôs então Renato Brasileiro de Lima:

Há de se considerar consumado o crime de estupro de vulnerável quando o agente, com o intuito de satisfazer sua lascívia, começa a passar as mãos no corpo nu de vítima menor de 14 (quatorze) anos, ainda que está venha a fugir do local antes da prática de atos mais invasivos (2016, pg. 51).

Há possibilidade de tentativa neste delito, ainda que de difícil comprovação, haja vista é fundamental provar que somente houve risco a lesão do bem jurídico tutelado, isto é, risco à dignidade sexual da vítima vulnerável e não, efetiva lesão.

Sobre a tentativa, Cezar Roberto Bitencourt se posiciona:

É admissível, doutrinariamente, a tentativa, a despeito da dificuldade prática de sua constatação. Caracteriza-se a figura tentada do crime de estupro de vulnerável quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, ou intervenção de terceiro, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos (2012, pg. 103).

O autor ainda aduz que, “Assim, para a ocorrência da tentativa basta que o agente tenha empregado violência contra a vítima, com o fim inequívoco de constrangê-la à prática de relação sexual, em qualquer de suas modalidades” (BITENCOURT, 2015, pg. 1017).

Do mesmo modo, Cleber Masson exemplifica:

É possível, em face do caráter plurissubsistente do delito, permitindo, o fracionamento do iter criminis. Exemplo: Um pedófilo, via internet, convida uma criança para “brincar” em sua casa. Lá chegando, o sujeito a convence a tirar sua roupa. Mas, antes da conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso, policiais invadem a casa do sujeito e efetuam a prisão em flagrante (2012, pg. 64).

Destarte, é possível concluir que o momento consumativo desse delito varia em consonância com a conduta do infrator descrita no tipo e a tentativa, é possível e se dará quando, por circunstâncias alheias à vontade do agente, o criminoso não conseguir ter a conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com a vítima.

### **3.7 Qualificadoras e Hediondez**

Se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave (ou gravíssima) ou morte, incidem as causas qualificadoras do delito, previstas, respectivamente, nos §§3º e 4º do artigo 217-A do Código Penal. Nesse ínterim, importa observar que uma vez produzida alguma das hipóteses que qualificam o crime, são cominadas novas penas mínima e máxima.

Além disso, cabe ressaltar a importância do liame que se deve ter entre a conduta do agente descrita no tipo legal, qual seja, a de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso” e o resultado qualificado provocado. Isso porque, a violência que causa a referida lesão ou a morte deve ser advinda do ato sexual culposamente, não abrangendo, por exemplo, as hipóteses de violência real nem a de grave ameaça. Sobre esse viés, Renato Marcão e Plínio Gentil detalham que “o resultado que qualifica o crime deve ser produzido pela conduta do agente, em qualquer das suas etapas, nisso compreendida uma possível violência inerente ao ato sexual” previsto no artigo 217-A é somente aquela própria do ato sexual em si” (2011, pg. 196).

O chamado “resultado agravador”, ou seja, a figura qualificadora, deve ser provocada culposamente pelo agente ofensor, trata-se de hipótese de crime preterdoloso, aquele em que o agente alcança um resultado maior daquele pretendido por ele. Desse modo, caso algum dos resultados morte ou lesão corporal grave (ou gravíssima) também forem desejados pelo sujeito ativo, como não são hipóteses descritas no tipo penal, são considerados crimes autônomos.

Assim sendo, na hipótese de dolo dos resultados supramencionados, será caso de concurso material de crimes, entre o estupro de vulnerável simples (artigo 217-A, “*caput*” do Código Penal) e a lesão corporal grave ou gravíssima (artigo 129, §§1º e 2º do Código Penal) ou homicídio (artigo 121, do Código Penal). Ainda, Renato Marcão e Plínio Gentil aduzem:

Ocorrendo o resultado qualificador, o delito estará consumado ainda que o agente não alcance o objetivo pretendido, por exemplo, pode acontecer no caso de um agente que, buscando a conjunção carnal, que não consuma, acaba ferindo gravemente a vítima por conta da pressão do seu corpo contra o dela (2011, pg. 196).

Outrossim, o estupro de vulnerável é considerado crime hediondo, logo, é apenado de forma mais severa, sendo previsto na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). Todavia, deve-se ressaltar o equívoco criado pela Lei 12.015/2009 quanto a hediondez desse delito.

Inicialmente, há que se mencionar que a Lei dos Crimes Hediondos criada em 1990, já normatizava em seu artigo 9º que estando a vítima nas hipóteses previstas pelo artigo 224 do Código Penal, a pena seria aumentada pela metade. Se não, vejamos:

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal. (BRASIL. Lei nº. 8.072/1990. Crimes Hediondos. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)> Acesso em: 11.10.2017).

Com a Lei 12.015/2009, o delito de estupro de vulnerável foi inserido no rol taxativo dos crimes hediondos, previsto no artigo 1º, inciso VI da Lei dos Crimes Hediondos.

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no [Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), consumados ou tentados: ([Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994](#)) ([Vide Lei nº 7.210, de 1984](#))

[...]

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009). (BRASIL. Lei nº. 8.072/1990. Crimes Hediondos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 11.10.2017.)

Entretanto, a mesma Lei de 2009, revogou expressamente o artigo 224 do Código Penal, por conseguinte, revogou tacitamente o artigo 9º da Lei de 1990, “Art. 7º: Revogam-se os arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954” (BRASIL, Lei nº. 12.015/09. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm)>. Acesso em: 07.09.2017).

De fato, não há mais o que se falar em aumentar a pena pela metade quando se trata de estupro de vulnerável depois de 2009, somente cabe dispensar ao agente ofensor o tratamento inerente aos crimes hediondos. Diante do exposto, é possível concluir que a pena acabou ficando um pouco mais branda, pois ao réu acusado de praticar a forma simples do delito, somente caberá pena entre 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Por fim, uma vez considerado como crime hediondo, o indivíduo que pratica o delito de estupro de vulnerável, recebe um tratamento mais severo pela Justiça, se comparado aos demais delitos que não são considerados hediondos. Uma vez praticado, o agente não tem direito a fiança, anistia, graça e indulto, bem como o regime inicial de cumprimento de pena é necessariamente o fechado. De mais a mais, para o criminoso conseguir a progressão de regime e liberdade condicional, lhe é exigido um maior tempo de cumprimento de pena para gozar de tais benefícios, se comparado a quem não comete crime hediondo.

### **3.8 Causas de Aumento de Pena**

O §2º do artigo 217-A do Código Penal era o que disciplinava sobre as hipóteses de aumento da pena do delito de estupro de vulnerável. Contudo, o referido

parágrafo foi vetado<sup>1</sup> pelo Presidente da República, tendo em vista que as hipóteses previstas no supramencionado parágrafo, já figuram nas disposições gerais do Título VI do Código Penal, mais precisamente no artigo 226 do referido Código.

**§ 2º do art. 217-A e incisos I e II do art. 234-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, acrescidos pelo art. 3º do projeto de lei**

**[...]**

§ 2º A pena é aumentada da metade se há concurso de quem tenha o dever de cuidado, proteção ou vigilância.”

“I - da quarta parte se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;”

“II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848/1940. Código Penal. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.

Acesso em: 10.10.2017.

**Aumento de pena**

Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

III - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005).

(BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848/1940. Código Penal. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.

Acesso em: 10.10.2017.

Por fim, no que tange a causa de aumento de pena do artigo 9º da Lei 8.072 de 1990, atualmente é inaplicável, uma vez que foi revogada pela Lei 12.015/2009, como já foi exposto no item anterior.

### **3.9 Pena e Ação Penal**

O legislador prevê como sanção ao delito estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, “caput” e seu §1º, do Código Penal, pena de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Entretanto, se caso sobrevier da conduta, lesão corporal de natureza grave, a pena passa a ser de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos, conforme prevê o §3º do artigo 217-A. Ainda, se da conduta, resultar em morte da

---

<sup>1</sup> **Razões dos vetos:** As hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescentar ao diploma penal já figuram nas disposições gerais do Título VI. Dessa forma, o acréscimo dos novos dispositivos pouco contribuirá para a regulamentação da matéria e dará ensejo ao surgimento de controvérsias em torno da aplicabilidade do texto atualmente em vigor.

vítima, a pena é de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, como dispõe o §4º do referido artigo.

A natureza da ação penal é incondicionada, sendo, portanto, ação penal pública incondicionada, ao passo que os crimes definidos nos Capítulos I e II do título “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, se procedem mediante ação penal pública condicionada a representação da vítima. A exceção quanto a natureza da ação penal no estupro de vulnerável se dá em razão do que apregoa o artigo 225, Parágrafo único do Código Penal.

O referido artigo 225 restringiu à ação penal pública incondicionada à representação os delitos nos quais a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. Diante o exposto, se faz evidente a cautela do legislador na previsão dessa exceção, objetivando simplificar o procedimento, ou seja, facilitar a possibilidade do agente ser punido, bem como evitar o constrangimento da vítima em ser a responsável pela decisão sobre a procedibilidade da ação penal.

## 4 PRINCÍPIOS ORIENTATIVOS DO DIREITO PENAL

Os princípios são indispensáveis a todo o ordenamento jurídico brasileiro, não somente para o Direito Penal. A própria base principiológica no âmbito penal serve para preservar o Estado Democrático de Direito, direcionando-o para a ideia de um Direito Penal Democrático.

Princípios são vetores, axiomas, são mandamentos de otimização e servem para interpretação. Quando são devidamente utilizados, através das possibilidades jurídicas e fáticas em um caso concreto, auxiliam na criação do juízo de ponderação nos casos de colisão dos mandamentos apregoados por cada um deles e permitem interpretar a lei penal e todos os casos de sua abrangência.

### 4.1 Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal e o Princípio da Proibição da Analogia “In Malam Partem”

Dentro do princípio da legalidade, há uma necessidade da lei anterior definir aquela determinada conduta, como sendo um ato criminoso, isto é, um crime. Em suma, quer dizer que não existe crime e sequer pena, sem uma previsão legal anterior daquele ato reprovável. Esse princípio está previsto na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, XXXIX, bem como está previsto no Código Penal em seu artigo 1º.

O princípio da legalidade, na Constituição Espanhola também é adotado como princípio básico do Direito Espanhol e possui o mesmo significado da interpretação brasileira referente a esse princípio. De acordo com VÉASE (1992, p. 210) apud José Cerezo Mir (2006, pg. 30) se relaciona com o princípio da irretroatividade:

En el artículo 25 de la Constitución española se proclama el principio de legalidade em los siguientes términos: <<Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que em el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento>>.

Como es habitual, desde las declaraciones norteamericanas de derechos (la de Filadelfia de 1774 y las de Virginia y Maryland de 1176) y la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, el principio de legalidade aparece unido al de irretroactividad de las leyes penales, *nullun crimen, nulla poena, sine previa lege penale*, aunque sean conceptualmente independiente 1. El que los delitos y las penas tengan

que estar regulados es una ley no prejuzga si la ley há de aplicarse o no com carácter retroactivo<sup>2</sup>.

No que tange ao princípio da proibição da analogia “*in malam partem*”, corolário do princípio supra, é determinado que a analogia, meio de integrar a legislação através do preenchimento de lacunas no ordenamento, não pode ser utilizada para prejudicar o réu. Assim, a chamada “adequação típica” por mera semelhança das condutas praticadas com àquelas contidas no tipo penal, é proibida. Para melhor esclarecer o uso da analogia, instrumento de integração e interpretação da norma penal, Guilherme de Souza Nucci (2012, s/pg) expõe:

É certo que princípios não são absolutos e devem harmonizar-se com outros. Eis o fundamento pelo qual se pode admitir o uso da analogia em favor do réu (*in bonam partem*), mas não se deve aceitar a analogia em prejuízo do acusado (*in malam partem*). Por que se poderia tolerar uma forma de ranhura na legalidade, mas não outra? Há integração de princípios e metas constitucionais a tal indagação. Em primeiro plano, ressalte-se a finalidade de existência dos direitos e garantias fundamentais, qual seja a de proteger o indivíduo contra os eventuais abusos e excessos do Estado. Logo, a razão de ser da legalidade – aliás, desde a sua expressa evidência na Magna Carta, de 12.015 – é a constituição de um escudo protetor contra a preponderância do *soberano* (ou simplesmente, Estado, na modernidade). Em segundo lugar, em processo penal, cultua-se a prevalência do interesse do réu, estampada nos princípios da presunção de inocência e da inviabilidade de exigência da autoacusação.

Portanto, a criação de uma norma nova a fim de adequá-la ao caso concreto, utilizando a chamada “adequação típica” por mera semelhança das condutas praticadas com àquelas contidas no tipo penal, sem o devido respeito ao princípio da legalidade e o da vedação a analogia em “*malam partem*”, é proibida pelo Direito Penal moderno.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, é possível exemplificar a aplicação do princípio da legalidade na própria criação do tipo penal do estupro de vulnerável (art. 217-A, Código Penal), ora objeto desse estudo. Nesse tipo penal, a presunção de violência, antes prevista como norma autônoma, passou a integrar a sua

---

<sup>2</sup> Tradução: O artigo 25 da Constituição espanhola proclama o princípio da legalidade nos seguintes termos: "Ninguém pode ser condenado ou punido por atos ou omissões que, no momento da sua produção, não constituam crime, delito ou infração administrativa, de acordo com a legislação vigente naquele momento >>. Como de costume, desde as declarações norte-americanas de direitos (a Filadélfia de 1774 e as de Virgínia e Maryland de 1176) e a declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789, o princípio da legalidade aparece unido com o da irretroatividade das leis penais, nullun crime, nulla poena, sine previa lege penale, mesmo que sejam conceitualmente independentes. 1. O fato de que crimes e penas devem ser regulados é uma lei que não prejudica se a lei for aplicada ou não com caráter retroativo.

composição e houve previsão de nova norma penal incriminadora que fornece uma maior proteção ao menor de 14 (quatorze) anos incapaz de discernir ou resistir, isto é, o chamado “vulnerável”. Assim, passou-se a prever um crime específico quando os considerados “vulneráveis” pela lei são vítimas de conjunções carnis ou qualquer outra prática libidinosa, tendo, portanto, pena própria e maior comparado aos antigos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor.

De mais a mais, a partir da já mencionada Lei, no que se refere ao delito de estupro, o sujeito passivo que antes era somente a mulher, passou a ser qualquer pessoa, bem como qualquer um poderia ser autor do crime de estupro, sendo ele do sexo feminino ou masculino. Desse modo, é possível afirmar que tal previsão é mais um exemplo do princípio da legalidade, isto porque, antes dessa Lei, não era considerado estupro quando um homem sofria violência sexual motivada pela obtenção de conjunção carnal. Logo, não se podia interpretar a norma penal que descrevia o crime de estupro, utilizando-se da analogia, de modo a imputar a alguém a autoria do crime quando a vítima se tratava de pessoa do sexo masculino.

#### **4.2 Princípio da Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica x Princípio da Irretroatividade**

Já com relação ao princípio da irretroatividade, é possível afirmar que a lei posterior, quando mais severa para o autor do crime, é irretroativa, isto é, não alcança os fatos anteriores a ela. Todavia, no que tange ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, pode-se afirmar que sendo a lei posterior mais benéfica ao criminoso, é retroativa, isto é, alcança o delinquente mesmo que no tempo em que o crime fora cometido, a lei ainda não estava em vigor.

Ambos os princípios mencionados têm previsão no artigo 5º, XL da Constituição Federal, igualmente no artigo 2º e Parágrafo Único, do Código Penal. Desse modo, cabe constatar que a lei posterior mais benéfica é ultrativa, isto é, alcança àqueles que cometerem crimes antes e depois de sua vigência.

Para melhor delimitar o conceito de retroatividade, afirma Guilherme de Souza Nucci (2012, pg. 138):

Portanto, visando-se à concretização do devido processo legal, para que se possa extrair condenação justa, existe um razoável período entre a data do fato e a data da sentença. É possível que, durante o referido lapso temporal,

modificações legislativas se dêem. Imagine-se que em prisma desfavorável ao réu. Evitando-se os males da demora, surgida uma lei benéfica ao tempo da sentença, deve esta norma retroagir ao tempo da infração, produzindo-se os seus efeitos, como se já estivesse vigendo àquela época pretérita.

Assim sendo, no que se refere a Lei 12.015/09, há duas classificações antagônicas, dependendo do ponto de vista, sendo um o que considera lei penal benéfica e outro, que considera lei penal mais severa. Cuidando-se daquele que se refere a essa lei como benéfica, justifica-se pelo fato de que antes dessa lei, haviam previsões de dois tipos de crime distintos, sendo um denominado de “atentado violento ao pudor” e outro, denominado de “estupro”, ambos previstos nos artigos 214 e 213, respectivamente.

Logo, com a alteração promovida no Código Penal através da Lei 12.015/09, o tipo penal que dispunha sobre o “atentado violento ao pudor” foi revogado e o seu conteúdo passou a ser abrangido pelo tipo penal do “estupro”. De mais a mais, conclui-se que com essa alteração, aquele que foi condenado pela prática dos dois tipos penais supramencionados, contra a mesma vítima, no mesmo contexto, poderá pedir revisão criminal, alterando a sua pena mínima, que antes era de doze anos, para a pena mínima de seis anos, sendo, portanto, benéfico a ele.

Ainda sobre a Lei 12.015/09, cabe ressaltar que há também quem a classifique como lei posterior mais severa. Isto porque, o delito de estupro de vulnerável, criado pela edição e entrada em vigor dessa lei, que corresponde à antiga violência presumida do revogado artigo 224 do Código Penal, foi criado como crime autônomo, sendo que antes, era somente uma hipótese de causa de violência presumida.

Assim sendo, o novo tipo penal do artigo 217-A tem como preceito secundário, pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão e, portanto, sua retroação prejudicaria o réu que praticou fato anterior a edição e entrada em vigor dessa lei. Tal conclusão se justifica pelo fato de quem a figura delituosa disposta no artigo 217-A do Código Penal, se comparada com àquelas dispostas nos artigos 213 e 214 do mesmo diploma legal, possui pena mais severa ao acusado, uma vez que em ambos os crimes as penas mínimas eram de 6 (seis) anos e as penas máximas eram de 10 (dez) anos de reclusão.

Além disso, convém destacar que com a edição dessa lei, houve alteração na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), rotulando o crime de estupro

de vulnerável como hediondo em qualquer das suas modalidades. Por isso, o artigo 1º, inciso VI, da Lei dos Crimes Hediondos foi alterado e assim, sendo hediondo, o acusado que o praticou, passou a receber um tratamento mais severo.

Destarte, em face da irretroatividade da lei penal mais severa, é possível também classificar a Lei nº 12.015/2009 como prejudicial ao acusado que praticou crimes antes de sua vigência.

### **4.3 Princípio da Culpabilidade**

É também chamado de *Nullum crimen sine culpa* e determina que somente poderá ser imposto pena àquele que agiu mediante dolo ou culpa, e que praticou um fato típico e antijurídico. A culpabilidade é caracterizada por um fenômeno individual no qual o indivíduo comete um ato ilícito, previamente previsto como crime.

O juízo de reprovabilidade que o magistrado faz do indivíduo, antes de condenar, isto é, a análise da culpabilidade do agente, avalia se o sujeito que praticou o delito era imputável, se podia agir de maneira diversa e se tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato. Feita as considerações, se presente qualquer uma dessas três excludentes de culpabilidade, também chamadas de dirimentes, não há que se falar em culpabilidade do agente.

A culpabilidade, portanto, é o juízo de reprovação que uma pessoa faz sobre a conduta criminosa, isto é, se ela age mediante dolo ou culpa. É considerada como fundamento de pena, como fator de medição de pena e como limite da punição Estatal.

Segundo a visão finalista (tripartida) da ação, adotada pelo Direito Penal Brasileiro, a conduta do agente deve ser analisada de acordo com a intenção do indivíduo quando praticou o delito, isto é, através do juízo de reprovabilidade que a pessoa tem sobre a sua conduta. No que se refere ao conceito analítico de crime, com a teoria tripartida do delito, é possível declarar que o crime é composto pelos seguintes estratos: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Consequentemente, não haverá infração penal se o agente estiver envolvido por outros fatores que não o possibilitaram optar por outro comportamento. Isso porque, mesmo que haja tipicidade e antijuridicidade em sua conduta, não houve culpa e nem mesmo intenção em transgredir o imperativo da normal penal.

Esse juízo de culpabilidade repele a chamada responsabilidade penal objetiva, tendo em vista que ela visa a responsabilização do agente, aplicando pena a ele, sem que haja dolo, culpa e, conseqüentemente, culpabilidade em sua ação. Essa forma de responsabilidade frente a presunção absoluta de violência no crime de estupro de vulnerável, justifica a espécie de culpabilidade antecipada do acusado ao atribuir a absoluta vulnerabilidade da vítima menor de 14 (quatorze) anos para todos os casos.

No que se refere a adoção da responsabilidade penal objetiva, (VÉASE, 1988, pg. 287) apud José Cerezo Mir (2006, pg. 35) aponta a crítica feita pelo Direito Penal italiano, comumente utilizada no Direito Penal Brasileiro:

En la Ciencia del Derecho Penal italiana, existe una importante corriente doctrinal que considera que el principio de culpabilidad está implícito en el artículo 27.1 de la Constitución de aquel país, en el que se declara que: <<La responsabilidad penal es personal>>. Según estos penalistas, em este precepto está incluida la prohibición de la responsabilidad objetiva, puesto que un resultado causado por el sujeto, pero que no le sea atribuible psicológicamente no puede decirse que dé lugar a una responsabilidad de carácter personal. Por tanto, no sólo la responsabilidad por el hecho de outro, sino también la responsabilidad objetiva deben considerarse anticonstitucionales 2.<sup>3</sup>

Demonstrado, fica, então, que na adoção da presunção absoluta de violência no delito de estupro de vulnerável, o suposto autor tem o seu direito de defesa cerceado, pois foi atingido pelo critério objetivo baseado na idade do menor. Nesse contexto, não há qualquer discussão com relação a culpa ou dolo do agente e nem mesmo no que se refere ao erro de tipo, que torna a conduta atípica, sendo presumidamente considerado culpado todo indivíduo que tiver qualquer relação sexual com aquele considerado vulnerável pela lei.

Neste diapasão, a discussão em torno da violação ao princípio da culpabilidade ao adotar a presunção absoluta de violência nos crimes contra a dignidade sexual, notadamente do estupro de vulnerável, se torna ainda muito presente. Veja-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota a responsabilidade

---

<sup>3</sup> Tradução: Na Ciência do Direito Penal italiano, existe uma importante corrente doutrinária que considera que o princípio da culpabilidade está implícito no artigo 27.1 da Constituição daquele país, que estabelece que: "A responsabilidade penal é pessoal". De acordo com esses penalistas, este preceito inclui a proibição da responsabilidade objetiva, uma vez que um resultado causado pelo sujeito, mas não atribuído psicológicamente, não pode ser dito para dar origem a uma responsabilidade de natureza pessoal. Portanto, não só a responsabilidade pelo fato de outro, mas também a responsabilidade objetiva deve ser considerada inconstitucional.

penal subjetiva, prezando pela prova da presença de dolo e culpa nas condutas para assim, serem os agentes devidamente penalizados, não se admitindo a presunção de culpabilidade.

Assim sendo, em oposição à presunção absoluta de violência, há quem diga que com relação ao critério que deve ser adotado na presunção de violência no crime de estupro de vulnerável, é o relativo, sendo possível considerar a vulnerabilidade da vítima dependendo do caso concreto analisado. Em suma, em torno do princípio da culpabilidade há grande discussão, porém, será melhor debatida e exposta em momento posterior no presente trabalho.

#### 4.4 Princípio da Proporcionalidade

No que tange ao princípio da proporcionalidade da pena, é imperioso salientar sua relação com o princípio da culpabilidade supramencionado, pois ele determina que o *quantum* da pena deve ser mensurado pelo grau de responsabilidade do autor. Logo, se diz que a culpabilidade é a medida da pena, a qual conseqüentemente, deve ser determinada através da proporcionalidade com o injusto cometido.

Também chamado de “princípio da proibição de excesso”, é destinado tanto para o legislador, na criação de uma norma penal baseada em um fato abstrato, quanto para o magistrado, no momento da cominação de pena em torno de um fato concreto. Em resumo, o legislador deve levar em consideração a proporcionalidade da pena com o fato criminoso correspondente a norma incriminadora que irá criar, bem como, o magistrado, deve-se ater nos critérios objetivos e subjetivos de análise da conduta criminoso praticada. Um dos sustentadores desse pensamento é Alejandro Emilio Quispe Villanueva (2008, pg. 312), que afirma:

En este sentido, la proporcionalidade implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre ilícito y sanción, la cual se asienta al menos en el sistema romano germánico- em uma ponderación o medida fijada por el legislador em um ley [proporcionalidade abstracta] y em la valoración que el juez realiza en el caso concreto [proporcionalidade concreta].<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Tradução: Nesse sentido, a proporcionalidade implica um equilíbrio ideal ou de valor entre crime e punição, ou mais amplamente entre ilícito e sanção, que se baseia - pelo menos no sistema romano alemão - em um peso ou medida fixada pelo legislador em uma lei [proporcionalidade abstrata] e na avaliação que o juiz faz no caso concreto [proporcionalidade concreta].

É oportuno mencionar que as modificações trazidas pela Lei 12.015/2009, demonstrou a intenção do legislador em reprimir os problemas trazidos pelos crimes sexuais, acerca daqueles nos quais a vítima é vulnerável. Vale dizer que nessa mesma Lei, para muitos críticos, o legislador se preocupou tão somente em reprimir as práticas sexuais praticadas contra vulneráveis, todavia, desprezou a proporção que deve ser respeitada na criação do preceito secundário do delito, levando em conta o “meio” empregado e a “finalidade” almejada.

Tal crítica é feita diante da desproporcionalidade criada pela Lei 12.015/09 com relação aos novos tipos penais previstos nos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro, visto que, ambos tratam de situações de condutas “desiguais”, isto é, que não possuem um mesmo grau de intensidade de violência, como se fossem situações idênticas, dando a mesma gravidade. Afirmam que entre o delito de estupro e o delito de estupro de vulnerável, há uma afronta ao princípio da isonomia “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desiguam”, bem como viola o princípio da individualização da pena. Isso porque, para o autor que pratica ato libidinoso com vítima vulnerável ou não, recebe o mesmo tratamento daquele praticou o crime mediante a realização de conjunção carnal, ou seja, são penalizados de formas “iguais” por condutas de gravidades “menores”, isto é, onde não houve penetração.

Para melhor compreensão, o Magistrado Marcelo Bertasso avalia:

Contudo, o legislador peca ao generalizar o enquadramento penal (estabelecendo descrição típica objetiva e que desconsidera as peculiaridades do caso, como, por exemplo, a experiência sexual da vítima) e erra mais gravemente ao cominar sanção tão elevada a essa conduta. Não se pode desprezar que, na atual realidade social, não são raros os casos em que menores de 14 anos possuem vida sexual ativa e praticam, com normalidade, atos sexuais de forma consentida. Nessas situações, ainda que reprovável a conduta daquele que adere à vontade da menor e com ela pratica ato sexual, não se mostra proporcional a aplicação de sanção tão gravosa. (BERTASSO, 2009, s/pg. O desproporcional “estupro de vulnerável”. Artigo científico. Disponível: <<https://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 12.09.2017).

De mais a mais, em torno do princípio da proporcionalidade e do delito de estupro de vulnerável, há ainda outra crítica no que tange a posição do legislador diante da criação da referida lei com relação a presunção de violência da vítima.

Argumenta-se que mesmo com a revogação do antigo artigo 224 do Código Penal no qual previa o caráter absoluto da presunção, qualquer conduta prevista no artigo 217-A praticada conta vítima menor de 14 (quatorze) anos por exemplo, ainda é considerada absoluta a presunção, porém, se justificando por mero critério etário, independentemente da circunstância e se houve da lesão.

Resumidamente, há um grande debate em torno desse princípio envolvendo o crime de estupro de vulnerável, onde há correntes favoráveis ou contrárias no que diz respeito a (in)aplicabilidade da proporcionalidade desse delito. Contudo, a procura desse princípio continua na busca de evitar que haja qualquer tipo de excesso nas punições e como resultado alcançar um “equilíbrio” na atuação Estatal, seja no Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

#### **4.5 Princípio do Estado de Inocência e o Princípio do In Dubio pro Reo**

Comumente é também chamado de “princípio da presunção de inocência”, sendo previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal Brasileira: “Ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Através desse princípio, surge a exigência arguida por várias teses de defesa, nas quais são ressaltadas que a pena ou quaisquer outras medidas punitivas somente poderão alcançar a fase de execução, com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória do réu, ou melhor, até que a culpa dele seja provada no processo.

Já o princípio do *in dubio pro reo* visa que na ausência de provas inequívocas quando a autoria da prática delitiva ou até mesmo quanto a materialidade do crime em análise, não deverá haver aplicação de pena ao suspeito. Portanto, não havendo provas suficientes dos elementos do tipo penal, considera-se que o réu seja inocente, ou seja, interpreta-se o ordenamento de modo a favorecê-lo, uma vez que não é permitido considerar alguém como culpado enquanto ainda existir a “prova dúbia” de sua culpa.

Para tanto, a condenação pressupõe a convicção do magistrado de que o réu seja culpado, porém, se ainda persistir dúvidas, deve haver a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, conforme determina o artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, sob pena de resultar em erro judiciário, condenando um inocente. Nesse ínterim, nota-se que o princípio do *in dubio pro reo* incide no momento de

juízo, ao passo que o princípio da presunção de inocência, tem atuação durante todo o curso do processo.

Como já exposto, o Direito Penal Brasileiro preza pela proibição da culpabilidade antecipada, assim, de acordo com os princípios supramencionados, é dever do Estado comprovar de forma inequívoca a culpa do agente para assim, condená-lo impondo-lhe pena. Nos crimes sexuais, mais precisamente, com relação ao delito de estupro de vulnerável, a adoção do caráter absoluto da vulnerabilidade da vítima menor de 14 (quatorze) anos, é como considerar culpado desde o início aquele que realizou quaisquer das condutas previstas no tipo penal do artigo 217-A, sem que haja oportunidade de ser provado o contrário.

O princípio do estado de inocência e o do *in dubio pro reo* nada mais são do que limitações ao poder punitivo Estatal nos casos em que a culpabilidade nem mesmo foi devidamente comprovada e o investigado já é considerado culpado. Determinam que considerar o caráter absoluto da presunção de inocência por simples critério etário, sem exceção, é cercear o direito de defesa de qualquer indivíduo, impossibilitando-o de conseguir provar a sua inocência. Assim, partem do pressuposto de que “é preferível absolver um culpado, do que condenar um inocente”.

#### **4.6 Princípio “Ne Bis In Idem”**

Inicialmente, cabe dizer que esse princípio não está positivado constitucionalmente, entretanto, tem previsão no Pacto de San José da Costa Rica, bem como no Estatuto de Roma, ambos acordos internacionais ratificados pelo Brasil. Visto isso, de acordo com o princípio “ne bis in idem”, também conhecido como vedação ao “bis in idem”, ninguém poderá ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato. Em outras palavras, ninguém pode ser punido, processado e nem julgado criminalmente pelo mesmo fato.

Nesse íterim, Guilherme de Souza Nucci (2012, pg. 246) aduz:

Sob outro aspecto, havendo a proibição de se instaurar processo criminal mais de uma vez, pelo mesmo fato, contra alguém, pouco importando a solução anterior – se condenatória ou absolutória – torna-se natural impedir-se a aplicação de dupla apenação por idêntica ocorrência. Se nem mesmo o processo é viável instaura-se, nem se cogite em dupla punição.

O princípio em tela busca garantir a proibição da dupla punição de um indivíduo em torno de uma mesma situação fática e de uma mesma infração penal por ele praticada. Impede-se que qualquer circunstância já considerada pelo julgador na tipificação do crime ou até mesmo na dosagem da pena seja novamente valorada e/ou considerada.

Comumente, há casos nos quais ocorre uma violação desse princípio, onde o magistrado considera uma mesma circunstância para a tipificação do fato delituoso e para a aplicação de pena, bem como utiliza de uma mesma circunstância duas vezes na dosagem da pena. Basta fazer alusão, por exemplo, ao crime de estupro de vulnerável, onde o magistrado, em respeito a esse princípio, não considera a circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, qual seja, a vítima ser criança, isto porque, se assim a considerada, estaria valorando uma mesma circunstância para tipificar o delito e dosar a pena.

Nesse mesmo raciocínio, o Ilustre professor Paulo Queiroz (2006, pg. 356) acrescenta:

Além disso, ao considerar os motivos do crime aptos a agravar a pena, freqüentemente são tomadas em consideração motivação inerentes à própria infração penal e, pois, já valoradas por ocasião da tipificação, como, v. g., a 'libido exacerbada' ou a falta de pudor nos crimes sexuais; a ganância, a ambição ou o 'ganho fácil', nos crimes patrimoniais; o desprezo à pessoa humana, nos [crimes contra a vida](#) etc. Também é comum erigirem-se à condição de circunstância judicial aspectos jurídico-penalmente irrelevantes, ferindo o princípio da legalidade, tais como: a não-confissão, o não arrependimento, a fuga do distrito da culpa, a inadequação da conduta etc. Por vezes, ao valorar negativamente as conseqüências do crime, recorre-se aos casos de homicídio dizer-se que 'as conseqüências do crime foram danosas, pois uma vida foi ceifada', como se fosse possível homicídio consumado sem a morte da vítima.

Desse modo, diante de tal problemática, o Superior Tribunal de Justiça, disciplinou sobre essa problemática editando a Súmula 241, que determina: "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial" (Vade Mecum Digital. Legjur.com. Disponível em: < <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=241> >. Acesso em 09.09.2017).

Diante do exposto, é evidente que a finalidade da adesão a esse princípio é evitar o abuso do Poder Punitivo Estatal, impedindo que o acusado seja

penalizado duplamente por mesmo fato e conseqüentemente afastando-o do ainda mais de seu direito constitucional de liberdade.

#### 4.7 Princípio da Insignificância

Também conhecido como bagatela, o princípio da insignificância pondera a proporcionalidade que deve ser estabelecida entre a gravidade da prática criminosa e a intervenção estatal sobre ela. Assim, determina que somente deve haver intervenção nos casos em que a lesão ao bem jurídico tutelado gozar de uma maior gravidade. Conseqüentemente, àquelas hipóteses em que a lesão é ínfima, serão consideradas atípicas, devido a sua baixa relevância material. Consoante a desproporcionalidade manifesta já apontada, Alberto Jorge Correia de Barros Lima afirma (2012, pg. 89):

Há necessariamente, uma divergência proporcional entre o resultado insignificamente lesivo e a criminalização da conduta e é o juiz o aferidor dessa distância, em face da imposição do princípio da ofensividade. A tipicidade, em casos que tais, fica condicionada a essa investigação.

Esse princípio não tem como intuito legitimar condutas ilícitas e sim, fazer com que condutas que lesam minimamente o bem jurídico tutelado, não careçam de submissão ao Direito Penal, uma vez que ele deve ser utilizado em *ultima ratio*. De mais a mais, é imperioso ressaltar que mesmo condutas consideradas sem potencial de causar lesão ao bem jurídico tutelado, quando constantes, perdem a característica de insignificantes e passam a necessitar de uma intervenção do Direito Penal, devido à sua reprovabilidade, pois não deixam de ser comportamentos incompatíveis com a lei penal.

Não há previsão legal na legislação brasileira referente a esse princípio, sendo ele deduzido pelo princípio da proporcionalidade/razoabilidade já mencionado. Todavia, o Supremo Tribunal Federal elencou quatro critérios para a admissibilidade de sua aplicação, são eles: mínima ofensividade da conduta, inexistência de periculosidade social do ato, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão provocada.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal adota esse princípio, quando presentes os requisitos supra, como por exemplo:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO POR TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

I – A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, **exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.** II – In casu, tenho por preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento do crime de bagatela. Isso porque, além da insignificância econômica dos bens subtraídos (R\$ 6,00), deve-se destacar que o crime não chegou a se consumir, de modo que a conduta do agente não adveio nenhum prejuízo efetivo à vítima ou à sociedade. III – Os registros criminais existentes em nome do paciente devem ser examinados cum granus salis, em conjunto com as demais circunstâncias judiciais que envolveram o delito. IV – Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória. (STF - HC: 117903 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 05/11/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-229 DIVULG 20-11-2013 PUBLIC 21-11-2013).

Ademais, com relação a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes sexuais há diferentes posicionamentos, devido à dificuldade de aferição, pois se trata de uma análise praticamente subjetiva, que se busca identificar a violação da dignidade sexual da vítima. Entretanto, àqueles favoráveis a aplicação desse princípio, buscam se ater a casos que se enquadram aos requisitos de admissibilidade supramencionados, bem como onde a conduta ou o seu resultado são totalmente insignificantes para o Direito Penal como um todo.

Isto porque, se o caso concreto não se trata de infração extremamente insignificante, é possível que se enquadre a outro tipo de crime, como por exemplo, no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais Decreto-lei 3.688/1941, o qual prevê: Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: que prescreve a contravenção de importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor. Desse modo, podendo a conduta analisada ser enquadrada em uma outra infração penal, não há que se falar em “insignificância”.

Para compreender a hipótese de incidência desse princípio nos crimes contra a dignidade sexual, os favoráveis à aplicabilidade, citam a conduta do beijo lascivo, toque nas nádegas ou algo análogo. Argumentam que mesmo que se tratam de condutas formalmente típicas, não alcançam a tipicidade material do tipo, isto é, não lesam ou exponham a perigo o bem jurídico tutelado, seja pelo desvalor da conduta ou desvalor do resultado. Concluem que a inobservância desse princípio em conjunto com o da proporcionalidade supramencionado, o crime de estupro de

vulnerável, por exemplo, torna-se inconsistente, pois a conduta praticada e a pena aplicada ao agente são inteiramente desproporcionais em alguns casos.

Já a corrente desfavorável à aplicabilidade desse princípio, principalmente no delito de estupro de vulnerável, se justifica dizendo que esse tipo penal foi criado para a proteção do estado de vulnerabilidade da vítima e havendo lesão significativa, é o bastante para a aplicação das normas penais nesses casos.

#### **4.8 Princípio da Individualização da Pena**

Esse princípio assegura que as penas cominadas aos criminosos não sejam igualadas, ainda que sejam indivíduos que cometerem o mesmo crime. Independentemente da mesma prática delitiva, cada sujeito possui características próprias, tais como, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos que o levaram ao cometimento do delito, culpabilidade, além das circunstâncias e consequências de sua conduta. Logo, cada acusado deve receber sua respectiva punição, isto é, de forma individualizada.

O princípio constitucional da individualização da pena, tem previsão no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil e pode ser aplicado em três etapas. Primeiramente, no momento da elaboração do tipo penal, determinando o preceito secundário do tipo e as penas mínima e máxima que poderão ser aplicadas pelo julgador em um caso concreto. Depois, no momento em que o magistrado faz a subsunção do caso à norma legal em abstrato, analisando a pena apropriada ao acusado e levando em consideração suas características próprias. Na última etapa, o órgão julgador aplica, finalmente, seu *ius puniendi*, determinando o modo em que o réu cumprirá a sanção que lhe foi imposta.

Este aspecto da individualização da pena feita judicialmente, tanto no momento de aplicação da sanção penal quanto no momento da execução de sua execução, Luiz Luisi (2003, pg. 56) assinala:

Neste processo individualizador objetivo se insere o princípio da proporcionalidade. A graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais.

De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária e na executória, “o concreto” da pessoa do delinquente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução.

Quanto à aplicabilidade desse princípio, ela se faz presente em todo e qualquer processo penal, até naquele em que o crime cometido se trata de crime sexual. Assim, mesmo no julgamento de um delito de estupro de vulnerável, por exemplo, onde dois autores atentam contra a dignidade sexual da vítima, deve-se levar em conta as circunstâncias que envolviam cada um durante a prática delituosa, visto que nesse tipo penal em comento, há previsão de qualificadoras, são elas:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
 § 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
 § 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
 § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
 Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
 § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848/1940. Código Penal. Disponível em:<  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.  
 Acesso em: 20.10.2017).

Nota-se que essas qualificadoras determinam penas diferentes para quem as pratica, portanto, ainda à título de exemplo, se houver prova que somente um desses autores provocou lesão grave na vítima, ele terá pena diversa daquele outro autor, aplicando-se, dessa maneira, o Princípio da individualização da pena.

#### **4.9 Princípio da Igualdade**

O princípio da igualdade está disposto na Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput* bem como em vários incisos desse artigo, prevendo a igualdade entre os cidadãos brasileiros, que devem receber tratamento isonômico pelo legislador, autoridade pública e particular. Assim, esse princípio conduz a lei penal para que não haja diferenças de tratamento da lei para com os cidadãos e sequer entre os próprios

cidadãos. Uma crítica a respeito da falta de parâmetro para aplicação desse princípio, é feita por Paulo Queiroz (2009, pg. 64):

Mas igualdade não significa adotar normas idênticas e invariáveis para todos, com pretensão de validade para além do tempo e do espaço e das pessoas histórica e concretamente consideradas, pois não existem princípios absolutos, mesmo porque absolutizá-los implicaria a negação mesma do direito. O princípio tem um caráter essencialmente formal-tautológico: manda tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; mas nada diz sobre quem é igual e quem não é; nem tampouco fornece critérios objetivos para igualar e desigualar.

A plenitude de igualdade que se busca é aquela alcançada através de duas vertentes, uma denominada de igualdade material e outra de igualdade formal (FERNANDES, 2001, s.p. Artigo científico. Revista unirn. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/35/38>>. Acesso em 15.09.2017). No que se refere a formal, tem por objetivo estabelecer a igualdade perante a lei vigente e futura, isto é, fazer valer a expressão “todos são iguais perante a lei”, contida na Carta Magna Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, já mencionado. Já com relação a material, admite-se um tratamento desigual àquelas pessoas com determinadas peculiaridades, impedindo que elas sejam tratadas da mesma maneira que os outros indivíduos que não possuem as mesmas diversidades.

Assim, essa última vertente de igualdade mencionada, busca levar em consideração os aspectos diferenciadores, se presentes, dispensando um tratamento desigual a essas pessoas com a finalidade de atingir uma futura igualdade. Caso contrário, se não houver correção das diferenças, elas se farão cada vez mais presentes entre os indivíduos submetidos sob um mesmo tratamento de lei.

Um exemplo legislativo e fático das duas vertentes supramencionadas é a própria do delito de estupro de vulnerável. Nesse delito, é evidente a preocupação do legislador em criar uma norma, dispensando tratamento desigual àqueles considerados vulneráveis pela lei, sendo eles: vítimas menores de 14 (quatorze) anos, com enfermidade ou deficiência mental, aqueles não têm necessário discernimento ou não pode oferecer resistência à prática sexual. Além disso, ao criar esse delito, também buscou-se alcançar uma igualdade jurídica, dando um tratamento equânime de pena àqueles que cometerem esse delito e conseqüentemente, pretendendo fazer justiça às vítimas desse tipo de abuso.

Portanto, é indispensável o tratamento diferenciado aos desiguais, bem como o igualitário aos iguais, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do direito, para uma sociedade mais justa e com menos desigualdade. Assim, destaca-se a necessidade de considerar esse princípio a todo tempo, até mesmo no momento em que o Direito Penal for aplicado.

#### **4.10 Princípio da Intervenção Mínima**

A mínima intervenção tratada nesse princípio, diz respeito a atuação Estatal através do Poder Legislativo e conseqüentemente, nos demais Poderes. De acordo com esse princípio, deve-se restringir ou até mesmo impossibilitar o arbítrio do legislador, a fim de que ele não incrimine de forma desnecessária determinadas condutas e também não crie penas injustas. Diante da proibição de excesso supra, preceitua Jorge de Figueiredo Dias (2003, pg. 358).

Daí a defesa da manutenção do conceito de bem jurídico – ainda que adaptado às exigências da sociedade de risco e, portanto, susceptível de se configurar numa dimensão trans-individual – e a preocupação de que a intervenção jurídico-penal no domínio de actuação das pessoas colectivas não deixe de respeitar o essencial dos postulados dogmáticos fundamentais, sem descurar, contudo, uma certa flexibilização. Ora, no contexto de uma ciência global do direito penal, o conteúdo político-criminal ínsito neste princípio paradigmático da *proibição de excesso*, não deve deixar de se impor, outrossim, no plano adjetivo.

Desse modo, o Estado só deve intervir através do Direito Penal, nos casos em que houver extrema necessidade, isto é, quando qualquer outro ramo do Direito não conseguir evitar a ilicitude de determinada conduta. Destarte, é preciso limitar o poder de actuação do Estado para evitar qualquer excesso em sua intervenção ao tutelar bens jurídicos, principalmente àqueles tão íntimos, ora aqui tratados, envolvendo a dignidade sexual.

#### **4.11 Princípio da Humanidade**

O princípio da humanidade ou também chamado de princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido na Constituição Federal Brasileira em vários dispositivos. Nele, busca-se um tratamento mais humanitário, entendendo o Direito como uma ciência criada pelo ser humano e voltada para o próprio ser humano.

Logo, sempre preza pela necessidade de um olhar humanitário em toda área de sua aplicabilidade.

O Direito Penal à luz desse princípio, passa a ter como pressuposto o respeito à dignidade do condenado, repelindo as penas cruéis, tortura, prisão perpétua, dentre outras que representam uma violação a dignidade da pessoa humana, que causam sofrimento excessivo ao agente do delito, também garantindo os direitos dos reclusos. Objetiva-se, portanto, a ressocialização do sentenciado, reeducando-o e o inserindo novamente na sociedade, evitando uma futura degradação com penas que violam sua dignidade.

Com relação ao princípio da humanidade sobre as penas, José Luiz Guzmán Dalbora (2008, pgs. 297/298) elucida:

Las proyecciones del principio de humanidad sobre las penas y la extinción de la responsabilidad penal forman un cuadro sumamente rico y complejo, que aquí sólo puedo abocetar, y con este bosquejo termino. Primero, la proporción de las penalidades a la gravedad de los delitos. Segundo, la exigencia de suprimir aquellas incompatibles con la dignidad humana, esto es, la capital y todas las que inciden en la entidad física del condenado, las que por su ser o ejecución menosprecien sus derechos fundamentales y las perpetuas. Tercero, la limitación cualitativa y cuantitativa de las penas privativas de la libertad. Cuarto, la búsqueda de nuevas y más inteligentes formas de castigar, que sean a un tiempo eficaces y aceptables en el conglomerado social. Quinto, la prescriptibilidad de todos los delitos y todas las penas.<sup>5</sup>

Nesse ínterim, esse princípio busca a sua aplicabilidade em todo o tempo, antes e durante o processo penal, inclusive, na fase de execução da pena. Destarte, a função ressocializadora da pena é alcançada, tanto no momento da sua cominação quanto no de imposição, sendo dever do Estado, observar esse princípio, pois ele deve anteceder o juízo axiológico do legislador vinculando-o absolutamente a sua atividade, principalmente no campo penal. Em suma, pelo viés humanitarista, o poder punitivo Estatal é impedido de criar e aplicar uma sanção ao acusado que viole sua dignidade ou que gere uma consequência físico-psíquica negativa a ele.

---

<sup>5</sup> Tradução: As projeções do princípio da humanidade nas penas e a extinção da responsabilidade criminal formam um quadro extremamente rico e complexo, que só posso esboçar aqui, e com este esboço termino. Primeiro, a proporção de penalidades para a gravidade das infrações. Em segundo lugar, a exigência de suprimir aqueles incompatíveis com a dignidade humana, isto é, o capital e tudo o que afeta a compreensão física dos condenados, aqueles que, por seu ser ou execução, subestimam seus direitos fundamentais e perpétuos. Em terceiro lugar, a limitação qualitativa e quantitativa das sentenças privativas de liberdade. Em quarto lugar, a busca de maneiras novas e mais inteligentes de punição, que são ao mesmo tempo eficazes e aceitáveis no conglomerado social. Em quinto lugar, a prescritibilidade de todas as infracções e todas as penas.

A tipificação dos crimes sexuais, por exemplo, tem como um de seus fundamentos tutelar uma das vertentes da dignidade da pessoa humana, qual seja, a dignidade sexual do ser humano. Essa dignidade, corolário da dignidade da pessoa humana no ordenamento brasileiro, se respalda na liberdade de escolha do indivíduo, tendo total liberdade sobre o seu corpo, lidando com a sexualidade como quiser, sendo preservada a sua intimidade. A violação a essa dignidade é caracterizada, por exemplo, pela falta de consentimento, emprego de violência ou grave ameaça na prática sexual, cabendo assim, a ingerência do Estado em assegurar que a dignidade sexual seja resguardada.

A previsão do delito de estupro de vulnerável, como já dito, gera uma polêmica acerca da presunção de violação a essa dignidade sexual. Cabe salientar que ambas as correntes acerca da presunção têm como um de seus fundamentos a tutela da dignidade sexual. Aqueles que não admitem a mitigação da presunção, aduzem que a dignidade sexual, sendo ela uma vertente do princípio norteador de todo sistema- da dignidade da pessoa humana, é presumivelmente violada pela falta de validade no consentimento da vítima para a prática sexual. Já aqueles que admitem a prova em contrário da presunção de violência nesse delito, se justificam pela presença da violação da dignidade sexual do indivíduo à medida que ele é impedido de exercer sua própria liberdade sexual, não sendo possível admitir seu consentimento em relação aos atos sexuais praticados com a sua anuência, utilizando do seu próprio corpo.

Por todo o exposto, cabe constatar que a dignidade humana serve de apoio aos demais princípios penais fundamentais. Ora, é por isso que a dignidade da pessoa humana está entre as cláusulas pétreas na Carta Magna Brasileira de 1988, com o fim de evitar que se produzam leis ou até mesmo sanções que atentem de forma negativa tal dignidade, conseguindo a vingança e não, a justiça.

#### **4.12 Princípio da Ofensividade e o Princípio da Fragmentariedade**

Também chamado de princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos ou princípio da lesividade, somente considera crime, quando houver risco de dano ou dano propriamente dito aos bens tutelados pelo ordenamento jurídico. Segundo esse princípio, na falta de lesão ou ameaça concreta de lesão ao bem jurídico tutelado, não há que se falar em aplicação do Direito Penal.

Determina a intervenção do Direito Penal tanto no âmbito legislativo quando no jurisdicional. Diante disso, tem por intuito fazer com que o legislador penalista somente se atente a tutelar bens juridicamente relevantes e que o julgador se preocupe somente com fatos que tiverem consequências penalmente relevantes de modo a atentar contra esses bens.

A legitimação da Tutela Penal é explanada por Anabela Miranda Rodrigues (pg. 259) apud Jorge de Figueiredo Dias (2003, pg. 29):

O conteúdo do Direito Penal, só tem legitimidade se for pré-ordenado à protecção de bens jurídicos. Neste sentido, o princípio jurídico-constitucional da necessidade é relevante para se definir o que é crime. Simplesmente, o problema da legitimação do Direito Penal é o problema da determinação do que é o bem jurídico e, sobre que bem jurídico deve a tutela penal incidir.

Consoante a ideia do princípio supra, o princípio da fragmentariedade, se fundamenta no carácter seletivo de ilicitude no Direito Penal. Essa seletividade se justifica pela característica fragmentária desse direito, que não considera todos os fatos onde há ameaça de lesão ou lesão como infrações penais, não dando protecção a determinados bens.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (2012, pg. 192):

O Direito Penal não passa de um fragmento do ordenamento jurídico. Um pedaço do todo, apto às funções mais relevantes de interferência na liberdade individual.

Às condutas infratoras mais graves reserva-se a lei penal, enaltecendo-se o fragmento punitivo máximo do conjunto normativo. Desrespeitar o sentido e a base de sustentação da intervenção mínima somente fomenta o descrédito no Direito Penal, na exata medida em que as autoridades e agentes estatais não aplicam, na prática, as medidas punitivas criminais contra lesões ínfimas, mesmo que previstas, em tese, no ordenamento, como infrações penais.

Em resumo, de acordo com esse princípio somente deve haver intervenção Estatal nos casos que gozam de uma maior gravidade e que violam os bens jurídicos mais importantes. O carácter fragmentário do Direito Penal é consequência da adoção dos princípios supracitados, tais como: o princípio da intervenção mínima, da adequação social e o da Exclusiva Protecção dos Bens Jurídicos.

Com relação aos crimes contra a dignidade sexual, esses princípios evitam que o Poder Judiciário extrapole o seu limite de atuação, determinando que somente haverá punição nos casos afastados da esfera particular do indivíduo, nos

quais há violência ou grave ameaça a sua dignidade sexual. Isso porque, o princípio da lesividade em conjunto com o da fragmentariedade, objetivam que o legislador incrimine condutas sexuais em que o consentimento e a vontade da vítima foram suprimidos, por exemplo, caso grave de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, o da dignidade sexual, vertente da já mencionada dignidade da pessoa humana.

## **5 DA PERSONALIDADE DO ADOLESCENTE**

O desenvolvimento da personalidade de um adolescente é motivado por uma série de fatores, tais como: as mudanças físicas e psicológicas. A personalidade não é estática no decurso da vida, o crescimento e o desenvolvimento do indivíduo fazem com que ela seja modificada.

### **5.1 Fatores Mesológicos Como Preponderantes na Sexualidade**

Visto do contexto da psicologia jurídica, a análise mesológica demonstra o quanto o ambiente familiar, escolar e a saúde, exerce influência sobre a formação do adolescente. Onde o meio, a influência de um determinado meio ambiente, seja ela positiva ou negativa, pode ser fator determinante na formação da personalidade do adolescente.

Os fatores mesológicos, também chamados de fatores sociais, se resumem nas intervenções que o entorno físico faz sobre o indivíduo.

O ambiente familiar, na maioria das vezes, é o primeiro ambiente em que as crianças e adolescentes tiveram contato e é nesse meio que pode vir a ocorrer a chamada “desestruturação familiar”. A família, sendo a principal responsável por irradiar valores, cultura e compreensão entre seus membros, contribui singularmente para o nível psicológico, emocional e comportamental do adolescente em seu processo de formação. Assim, com a “desestruturação familiar”, é possível afirmar que a personalidade do adolescente passa a ficar comprometida e, portanto, o adolescente passa a ter dificuldade no seu desenvolvimento pessoal.

Diante desse contexto, o adolescente que sofre experiências de ausência dos pais, maus-tratos, violência psicológica, agressão física, negligência e abuso sexual dentro do próprio ambiente familiar, tem a formação de sua personalidade comprometida e, conseqüentemente, o seu nível psicológico afetado.

Já em segundo plano, externo ao ambiente familiar, vem o ambiente escolar. A educação é um dos principais fatores que contribuem na evolução cultural do adolescente.

Uma criança que vive em um sistema familiar fechado, por exemplo, somente faz contato com o exterior através da escola. Assim, é possível afirmar que o liame entre o sistema familiar e o sistema escolar faz com que a criança ou o

adolescente possa ter um grande desenvolvimento intelectual, principalmente quando ambos passam a atuar em conjunto, isto é, tornar habitual o que o adolescente aprende na escola, para que seja reforçado em casa e vice-versa.

Depois da base fornecida pelo ambiente familiar é a escola que integraliza a educação da criança e do adolescente. É no ambiente escolar em que são abordados temas mais complexos, tendo uma imensa responsabilidade na educação dos alunos.

No que se refere ao aprendizado sobre a sexualidade e o sexo na adolescência, a escola tem papel fundamental em sua abordagem, uma vez que a maioria dos adolescentes passa a maior parte do dia na escola, onde há uma socialização, e conseqüentemente, formação afetiva e emocional causada pelos hormônios a partir do desenvolvimento do indivíduo na adolescência.

Assim, a sexualidade sendo aflorada, com o crescimento geral, intelectual e físico do adolescente, a escola passa a ser um ambiente em que possibilita o desenvolvimento sexual do jovem de forma mais consistente e saudável. Como essa instituição tem por objetivo fazer o indivíduo crescer como um todo espera-se que forneça uma aprendizagem adequada sobre a sexualidade, sendo feitas reflexões acerca do tema de maneira formal e compilada.

A orientação sexual possibilita aos jovens o exercício de sua sexualidade de maneira agradável e responsável. Todavia, é indispensável a educação sexual no ambiente familiar, tendo os pais papel significativo na transmissão de condutas, valores éticos e morais para o adolescente. Assim sendo, os pais são os principais responsáveis pelo processo da educação sexual dos filhos.

Cabe também mencionar o indivíduo que vive em um meio social diferente do supramencionado, aquele que não teve contato com o ambiente escolar e que esteve longe de qualquer fonte de informação adequada, durante seu crescimento como um todo. Assim, esse adolescente apresenta um desenvolvimento intelectual diferente daquele que “cresceu na escola”.

Como os fatores sociais influenciam sobre a personalidade do indivíduo, aquele que não tem contato ou tem dificuldade no acesso à educação, fica comprometido. Conseqüentemente, há uma predominância da reprodução de valores e comportamentos no ambiente familiar que esse adolescente vive.

Diante desse contexto, o processo de ensino-aprendizagem é mais lento e faz com que ele forme uma personalidade calcada em outros parâmetros, tendo uma

maior dificuldade de compreender as transformações físicas e pluralidades psicológicas que se afloram na adolescência.

No que se refere a sexualidade, ainda que as manifestações dela na adolescência se façam presentes de forma universal em todo ser humano, a experiência que cada indivíduo tem com ela, é pessoal. Os fatores culturais, emocionais, econômicos e as próprias particularidades do adolescente no contexto em que ele está inserido, determinam o modo como se desenvolverá o processo de amadurecer.

Assim, as questões relativas à sexualidade humana, nesses casos, devem ser abordadas coerentemente com a realidade desses jovens.

Os temas “sexo” e “sexualidade” entre as populações rurais, por exemplo, são abordados de maneira precária e até mesmo, em alguns casos, não são abordados de maneira alguma. Às vezes tão banalizados, que dificultam o desenvolvimento apropriado para o adolescente. Isso se dá muitas vezes pela ausência do papel da escola que deve atuar em conjunto com os pais no processo de ensino-aprendizagem.

Algumas comunidades rurais, possui cultura e características sociais regidas por princípios conservadores e tradicionais. Os valores transmitidos no contexto familiar condenam quaisquer manifestações referentes à sexualidade.

O isolamento geográfico estabelecido na comunidade rural faz com que os adolescentes se distanciem do meio urbano, convivendo somente com as pessoas criadas naquela comunidade e com os mesmos valores e níveis de conhecimento, impedindo o aprimoramento da curiosidade sexual. Logo, é possível considerar que esse tipo de contexto social e cultural faz com que o adolescente tenha pouca conscientização sobre os temas relacionados à sexualidade, uma vez que os preconceitos e as dificuldades no acesso a aprendizagem se fazem excessivamente presentes.

Diante do exposto, os jovens vivenciam o processo de adolescer de acordo com o meio em que vivem e, conseqüentemente, vão formando sua personalidade.

Entre as descobertas que esses jovens percebem na adolescência, predominam as mudanças psicológicas e físicas. Na maioria das vezes, elas são acompanhadas de mitos e tabus referentes à iniciação sexual e à sexualidade. Diante disso, seria interessante que, independentemente do meio social em que nasçam, tais

questões deveriam ser devidamente esclarecidas a eles, para assim, evitar ansiedade e apreensão nos adolescentes.

O amadurecimento da identidade que o adolescente adquiriu em seu desenvolvimento está interligado com o senso de responsabilidade e liberdade, faz com que ele compreenda a transição pela qual está passando e tome as decisões conscientes relacionadas a sua particularidade sexual. Cabe ressaltar, que aqueles instruídos desde o início de sua adolescência sobre esse tema, revelam consciência nos atos sexuais.

Durante muitos séculos, adolescência e puberdade eram considerados sinônimos, sendo a adolescência basicamente definida em função dos seus aspectos biológicos e a puberdade, um período de transição que ocorre o desenvolvimento de caráter sexual secundário, como crescimento de pelos, ejaculação para os meninos, e menstruação para as meninas.

Entretanto, nos dias atuais, a palavra “adolescência” passou a ser definida de acordo com a psicologia, sociologia e cronologia. Através da visão psicológica, a adolescência é considerada um período no qual o adolescente define sua identidade, em que a puberdade faz parte como período denominado de “pré-adolescência”. No que se refere à puberdade, é a fase em que o adolescente passa por mudanças físicas e emocionais referente às características sexuais associada às mudanças biológicas e de comportamento.

Com relação ao amadurecimento sexual:

A data exata em que ocorre o amadurecimento sexual do ser humano, diz Munuss, varia de acordo com fatores de ordem sócioeconômica e geográfica. Por exemplo, a maturidade sexual tende a ocorrer mais cedo em indivíduos que vivem em climas temperados e que pertencem a classes sociais mais elevadas. (...) Em zonas tropicais, e também por influência de fatores nutricionais, esse amadurecimento sexual tende a ocorrer um pouco mais tarde (MUUSS s.p., 1971 apud PINHEIRO. Pg. 26, s/a. Aspectos Bio-Psico-Sociais da Criança e do Adolescente. Artigo científico. Disponível em: <<http://www.cedeca.org.br/conteudo/noticia/arquivo/3883a852-e760-fc9f-57158b8065d42b0e.pdf>>. Acesso em: 10.09.2017).

Já de acordo com a cronologia, a adolescência é considerada o período da vida humana entre os doze ou treze anos de idade até aproximadamente os vinte e cinco anos. Porém, é certo que tais estimativas de idade podem variar de acordo com os aspectos individuais e culturais que envolvem cada jovem.

De acordo com o ponto de vista sociológico, no período denominado de “adolescência”, o indivíduo passa a adquirir certa independência, tendo condições de assumir certas obrigações e papéis, e, portanto, de abandonando aquelas características da infância. Nesse contexto, vale mencionar a denominada “adolescência estendida”, conhecida como “geração canguru”, dentro da média dos 25 aos 34 anos de idade, onde os pais criam uma dependência com os filhos, que se estende por um período maior que antigamente, como forma de proteção contra o mundo (COBO e SABOIA. A “geração canguru” no Brasil. Artigo científico. Disponível em: <http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/2392/2345>. Acesso em: 10.09.2017).

De mais a mais, a adolescência tem uma definição muito mais ampla do que as definições supramencionadas, englobando mudanças consideráveis na personalidade e funções que a pessoa tem na sociedade. Hoje em dia, a adolescência representa uma relação entre aspectos psicológicos e sociais, sendo assim, um conceito psicossocial.

A adolescência se resume em um período de mudanças significativas na vida do ser humano, onde o indivíduo tem a sua capacidade de compreensão emocional e estética intensa, onde ocorre o amadurecimento sexual, mudanças em sua estrutura física e opiniões. Assim, a capacidade intelectual do adolescente aumenta e faz com que ele crie crítica a respeito o sistema de valores que na infância lhe era imposto como padrão comportamental.

Segundo Jean William Fritz Piaget (biólogo, psicólogo e epistemólogo), “o amadurecimento biológico do adolescente torna possível a aquisição das operações formais, que representam o ponto máximo do processo do desenvolvimento cognitivo-intelectual do adolescente. Isso porque é indispensável para o processo de inserção social do adolescente. Todavia, é imperioso dizer que essas operações formais baseiam-se na relação do organismo para com o meio, portanto não são um dado *a priori*” (SILVA, 2011, s/pg. O Desenvolvimento da Adolescência na Teoria de Piaget. Artigo científico. Disponível em: < <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0250.pdf>>. Acesso em 15.09.2017).

Em síntese, a adolescência se resume em uma fase marcada pelo desenvolvimento e formação de personalidade, a qual irá reger a vida adulta do indivíduo, influenciando na sua integração social, emocional e desenvolvimento na sociedade. É uma época de desenvolvimento sexual, assim sendo, se resume em um

período de entendimento sobre o que vem a ser a chamada “sexualidade” e como ela deve ser vivenciada.

## **5.2 A Visão Psicológica da Criança Vítima de Abuso Sexual**

A criança vítima de abuso sexual sofre diversas sequelas, que causam danos afetivos e sociais negativos para ela. Há sequelas visíveis, sendo elas, equimoses e lacerações, bem como, há sequelas invisíveis, tais como, sentimento de culpa, angústia, problemas em se relacionar com o próximo, dificuldades sexuais na idade adulta e depressão. Quando o adolescente vem de um período da infância deturpado, ele tende a se sentir diferente, principalmente quando compreende que algo aconteceu de diferente com ele, e que não foi devidamente protegido por quem ele confiava.

A respeito das consequências que a vítima sofre, Dr. Hubert Van Gijsegem, psicólogo e psicanalista de Quebec, aponta: “quanto mais cedo ocorreu o incesto, maior o risco de que as feridas sejam irreversíveis, particularmente ao nível da identidade” (GABEL, 1997, pg. 64).

De acordo com a maturidade física, psicológica, estado de vulnerabilidade, idade da criança, repetição dos atos sexuais sofridos e o tempo em que ela se manteve em silêncio no que diz respeito a informar alguém sobre o abuso que sofreu ou está sofrendo, é que se pode tentar mensurar o quão grave será o(s) trauma(s) que ela terá. De acordo com a Psicologia, o abuso sexual supõe disfunção em três níveis: (i) O poder exercício pelo grande (forte) sobre o pequeno (fraco); (ii) A confiança que o pequeno (dependente) tem no grande (protetor) e (iii) O uso delinquente da sexualidade. Direito que todo ser tem sobre o próprio corpo (GABEL, 1997, pg. 10).

O autor do abuso estabelece uma relação de submissão da criança, tendo autoridade sobre ela. Inicialmente, o adulto procura adquirir confiança da criança, ou seja, a coerção velada pela confiabilidade que a criança tem sobre ele, se faz inerente à prática do abuso sexual. Nesses casos, não basta que seja ensinado à criança não concordar com o ato sexual quando lhe for proposto e sim, saber reconhecer comportamentos coercitivos e manipuladores de adultos em sua volta. Diante dessa realidade, Furniss (1990, pg. 567) apud Gabel (1997, pg. 59/60) aduz

que é importante escutar a criança respeitando suas especificidades, nível de desenvolvimento e maturidade sexual.

Ainda para melhor definir a figura do autor, leciona o professor e médico Roland C. Summit (1983, s/pg.) apud Gabel (1997, pg. 55):

Os adultos que procuram crianças pequenas como parceiros sexuais descobrem rapidamente algo que parece incrível a pessoas menos impulsivas, a saber, que crianças não tem defesas, não se queixam nem resistem (Tradução C.Thouvenim).

Os agressores procuram identificar quais crianças apresentam uma maior vulnerabilidade e se aproveitam dessa condição. Assim, em geral, a violência perpetrada contra crianças e adolescentes se dá pelo fato da maioria dos adultos, ora autores, considerarem que as vítimas possuem compleição física de um adulto, mas não sua formação intelectual, tirando proveito disso.

Os autores do crime subestimam a capacidade que o jovem possui, considerando que ele também tenha intenção da prática sexual e maturidade para praticá-la, o que na maioria das vezes é muito pelo contrário. As crianças e adolescentes pouco vigiados, são o maior alvo para os agressores, justamente por serem mais vulneráveis, e assim, mais suscetíveis de convencer a praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Todo o processo de investigação pode causar um novo trauma quando a vítima revela que sofreu abuso sexual, logo, deve haver muita cautela para evitar mais um evento traumático. Entretanto, o sistema judiciário, no plano penal, pode permitir certa individualização da criança quando estabelece apoio e ajuda de outros profissionais especializados em casos de abuso sexual e na análise psíquica da vítima. Desse modo, são feitas as diligências necessárias, onde o poder judiciário conta com um leque de equipes pluridisciplinar, movimentando a jurisdição, a fim de auxiliar no deslinde do caso e no devido “destino” que o juiz determina para o agressor, garantindo a segurança da vítima.

A revelação do abuso sexual permite uma intervenção médico-social, e assim, conseqüentemente, possibilita que a criança ou adolescente elimine o sentimento de culpa e se recupere, resultando em um efeito terapêutico para ela. Diante o exposto, é necessário favorecer e incitar a revelação, valorizando a palavra da criança, os cuidados sociais, psicológicos e médicos, fundamentais para a sua

recuperação. Deve haver um incentivo para que a vítima a reconheça pessoalmente o autor como culpado e responsável pelo ato que cometeu.

No que tange ao efeito positivo da revelação, Marceline Gabel expõe o pensamento da psicóloga Greta Monica Del Taglia (1990, s/pg.) no sentido de que ela “acredita que muitas crianças se sentem aliviadas por falar. Segundo ela é quase impossível separar os efeitos ligados à própria revelação dos efeitos consecutivos aos abusos anteriores”. (Taglia, s.p., 1990 apud GABEL, 1997, pg. 40).

Cabe salientar que segundo pesquisa, em menos de 10 por cento dos casos revelados houve intervenção médico-social, policial ou judiciária (GABEL, 1997, pg. 40). À vista disso, é evidente que deve haver uma maior priorização da revelação do abuso para que então, haja uma maior intervenção de profissionais de certas áreas, a fim de diminuir ou até mesmo eliminar situações perturbadoras e traumatizantes que a vítima fica exposta.

Segundo Hubert Van Gijsegheem, já mencionado, é necessário evitar a multiplicação de interrogatórios, devido a estudos sobre a memória da criança, uma vez que as recordações diminuem ao longo do tempo e a memória pode ser contaminada por perguntas sugestivas. Concluindo, a criança tem uma impressão oposta àquela do adulto no que se refere ao tempo e além disso, é possível afirmar que a dimensão temporal também varia de acordo com a idade da vítima, não sendo a mesma para uma criança de 5 (cinco) anos, de 10 anos ou um adolescente (GABEL, 1997, pg. 99/100).

Assim sendo, o perito deverá ter muita cautela nesse processo de avaliação até finalmente alcançar a ruptura de segredos entre ele e a vítima, uma vez que as medidas judiciais quase sempre causam rompimentos de laços familiares, fazendo com que a vítima se culpe e tenha receio em falar sobre o abuso.

Destarte, após a revelação do abuso sofrido, a criança ou o adolescente passa por um processo de intervenções judiciais, educativas e terapêuticas. A palavra da vítima, nesses casos, é extremamente valorizada, mesmo ela não sendo adulto.

Com relação a palavra da criança como testemunho, através de termos médico-legais, SUTTER (1972, s.p.) apud GABEL (1997, pg. 99) “o testemunho da criança é utilizável, às vezes a partir dos 4 anos de idade: em certas categorias de fatos, pode até ser superior ao do adulto”.

Nesse contexto, há uma série de protocolos de tratamento psicológico e psiquiátrico, que fornecem cuidados para a vítima e sua família e proporcionam às

crianças e adolescentes sexualmente abusadas, uma certa recuperação com o passar do tempo.

É importante fazer menção sobre estudos feitos entre os franceses e no exterior que apontam que os principais autores de abusos sexuais contra crianças e adolescentes são exclusivamente homens e que a maioria das vítimas são meninas, pois a porcentagem de crianças vítimas sendo meninos varia de 20% (vinte por cento) à 30% (trinta por cento). Nos casos em que crianças e adolescentes masculinos são abusados, os referidos estudos se baseiam em pesquisas que também apontaram que os abusadores não são exclusivamente homossexuais, e sim, são homens heterossexuais com desejos de práticas sexuais com rapazes mais jovens, isto é, com desejos característicos da chamada pederastia. (GABEL, 1997, pgs. 36,37/38).

Essas pesquisas também indicaram que mais da metade das vítimas foram abusadas entre a idade dos 10 (dez) anos e 16 (dezesesseis) anos de idade. Além disso, pesquisas concluem que de dois terços dos agressores são pessoas conhecidas pela vítima, sendo elas familiares ou pessoas de convívio social. (GABEL, 1997, pgs. 36,37/38).

Nesses trabalhos realizados, as pesquisas não se aprofundaram nas relações de incesto, mas é certo que quando há abuso sexual nesse contexto familiar, acarretam traumas psicológicos para a vítima ainda mais graves. É notório que esses abusadores têm um desejo sexual muito maior diante de uma criança, se comparado quando estão diante de algum adulto. (GABEL, 1997, pgs. 36,37/38).

A sexualidade adulta é totalmente diferente da infantil, sendo esta uma descoberta da psicanálise de Sigmund Freud: “tudo que concerne às atividades da primeira infância em busca de gozos localizados que este ou aquele órgão possa proporcionar” (Freud, s.p.,1908 apud GABEL, 1997, pg. 46) e aquela, considerada como um momento em que as funções reprodutoras e a obtenção de prazer, por serem características da fase adulta, adquirem a possibilidade de se associarem, tanto na mulher quanto no homem.

Ainda sobre as diferenças entre a sexualidade adulta com a da criança, Sándor Ferenczi exemplifica que os adultos, autores de abusos: “Confundem a brincadeira com os desejos de uma pessoa já sexualmente madura e deixam-se envolver em atos sexuais sem pensar nas consequências (FERENCZI, 1933, pg. 130 apud GABEL, 1997, Pg. 50).

A criança ou o adolescente que sofreu abuso sexual pode ter um comportamento rebelde ou ser um indivíduo que obedece a tudo que lhe for imposto, até mesmo por identificação com o adulto. Nesses casos, quando há algum sinal sugestivo de abuso, é fundamental se valer de testes psicológicos adequados e reconhecidos pela justiça, bem como, exames de sexologia forense, para fins de averiguação da materialidade do crime sexual.

A chamada “síndrome de adaptação da criança vítima de abuso sexual” estudada por Roland C. Summit (1983) descreve as fases que a criança passa depois de ser abusada sexualmente. Segundo ele, a criança inicialmente mantém em segredo o abuso sexual e depois se sente impotente para tudo que lhe é proposto, daí o estereótipo de “vulnerável”. Após, a criança se adapta a condição de vítima e pode revelar que está sofrendo o abuso depois de muito tempo, chegando até se retratar por medo e sentimento de culpa em alguns casos (GABEL, 1997, pg. 54/55).

Diante disso, os adultos demoram a acreditar na revelação da vítima, sendo que é um momento de extrema importância, no qual se deve escutar a criança e respeitar suas limitações, seu nível de desenvolvimento e maturidade sexual. À vista disso, quando alguém porventura se depara com comportamentos anormais de crianças e adolescentes, é necessário procurar ajuda de profissionais especializados. É certo que quanto mais específica for a formação do profissional nesses casos, maior será a aceitação dos fatos por ele e conseqüentemente, mais satisfatória será a sua ajuda à vítima, uma vez que há preparo e respaldo para esse profissional agir satisfatoriamente.

Segundo a definição da OMS (Organização Mundial da Saúde): “violência sexual como qualquer ato sexual tentado ou consumado sem a concordância da vítima, exercido por meio coercitivo ou intimidatório, com emprego da força física, ameaça, armas ou temor psicológico.” (Relatório World Health Organization (WHO). World report on violence and health. Geneva: World Health Organization; 2002. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/artigos/mundo\\_saude/clinica\\_situacoes\\_abuso\\_sexual\\_aspectos.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/artigos/mundo_saude/clinica_situacoes_abuso_sexual_aspectos.pdf)>. Acesso em: 09.10.2017).

Ainda sobre esse tema, Marceline Gabel (1997, pg. 11) pontua o que a OMS (Organização Mundial da Saúde) elucida:

A exploração sexual de uma criança implica que esta seja vítima de um adulto ou de uma pessoa sensivelmente mais idosa que ela com a finalidade de satisfação sexual desta. Pode ser telefonemas obscenos, ofensa ao pudor e voyerismo, imagens pornográficas, relações ou tentativa de relações sexuais, incesto ou prostituição de menores.

Através do atendimento de casos onde houve abuso sexual, são manifestos aqueles em que há uma predominância de sintomas físicos e comportamentais nas vítimas com idades precoces. Elas, na maioria das vezes apresentam distúrbios de sono, fobias, problemas relacionados à alimentação, estresse, dores, baixo rendimento escolar, dentre outras disfunções psicossociais e físicas.

Assim, qualquer alteração no modo como o adolescente ou criança se expressa, pode ser sugestivo de abuso ou violência sexual, podendo até haver lesões genitais, tentativas de estrangulamento e ferimentos. As reações de uma vítima de abuso sexual implicam em uma proximidade corporal exagerada e sensualizada, longe de suas características comportamentais, demonstrando, dependendo da idade, conhecimentos sexuais inadequados.

De acordo com os fatos noticiados pela polícia, Poder Judiciário, Ministério Público, médicos e psicólogos, as vítimas mais frequentes de abuso e violência sexual são do sexo feminino, adolescentes, brancas e com baixo nível de escolaridade, abordadas na maioria das vezes por desconhecidos em lugares públicos, no decorrer de atividades cotidianas. (OSHIKATA, 2011, s.p. e RAMOS, 2009, s.p.). Já no que se refere as vítimas crianças, os crimes sexuais acontecem em lugares privados, especialmente no ambiente familiar, pois na maior parte dos casos, os agressores são pessoas conhecidas pela vítima e quando não são da família, geralmente são indivíduos conhecidos, de fácil acesso a rotina da criança (SAPP, s.p., 2005 e DREZETT, 2011, s.p.).

Por fim, o abuso sexual é o tipo de violência que mais se oculta e que surte consequências substanciais, tanto para quem é vítima, por se tratar de uma invasão do seu corpo e mente, como para a sociedade no geral. Atualmente, as medidas tomadas com o intuito de tratar dessa realidade que se faz tão presente nos dias de hoje, ainda é deficiente, precisando aprimorar os programas de prevenção e intervenção, para surtirem uma maior eficácia.

Em suma, é importante valorizar o acompanhamento terapêutico e psicológico nesses casos em conjunto com os outros interventores, sendo necessária

uma maior valorização na formação de psicólogos com instrução adequada para lidar com abusos sexuais. Apesar do esforço dos profissionais para se valorizar os critérios de maturidade psicológica e física da vítima, o critério de idade prevalece na lei, tanto para fins de repreensão quanto para fins de prevenção.

### **5.3 O Consentimento do Menor Considerado Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. 8.069/90)**

O Estatuto da Criança e do adolescente vem servir de instrumento para assegurar às crianças e adolescentes a satisfação de suas necessidades básicas. Ele é uma espécie de tratado que se pauta em uma política de proteção integral da criança e do adolescente, inspirada em normas internacionais.

De acordo com o referido Estatuto, considera-se criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade. Portanto, essa lei trata de forma diferenciada a criança e o adolescente, dando um tratamento diferenciado a eles quando há prática de ato infracional.

O art. 101 da Lei. 8.069/90 disciplina que o menor que pratica o ato infracional, tem como consequência as medidas de proteção, sendo assim, diferente das consequências que o adolescente teria ao praticar o mesmo ato. Quando se dá esse tratamento diferenciado aqueles com 12 (doze) anos incompletos, considera-se que a capacidade de decisão deles é totalmente fora de compreender sua ilicitude. Assim, é possível fazer uma “ponte” com a consideração que o Código Penal dá a esses menores, podendo, portanto, justificadamente, dar uma tutela penal a essa criança, quase que absoluta, sendo razoável proibir a prática de atos sexuais com crianças, uma vez que tal prática pode acarretar consequências prejudiciais até mesmo para a saúde da criança.

Já, de acordo com o artigo 112 do Estatuto, o qual elenca as medidas socioeducativas ao menor acima de 12 (doze) anos que pratica ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente, desde a advertência até internação em estabelecimento educacional. Tais medidas são vistas pelos adeptos à presunção relativa, como uma justificativa, uma vez que o fato do Estatuto considerar o menor acima de 12 (doze) anos como alguém que já tem uma certa compreensão do caráter ilícito de sua conduta, sendo passível de aplicação das supramencionadas sanções, é considerar também que ele tem discernimento para lidar com a sua

liberdade sexual, compreendendo os seus riscos quando se presta a dispor do seu corpo diante de outrem.

É importante destacar que as medidas socioeducativas, como o próprio nome diz, tem por principal finalidade interferir na compreensão da realidade do menor, a fim de protegê-lo para que ele tenha ciência de que praticando aquela determinada conduta, ele estará sujeito a sanções, isto é, sofrerá consequências desfavoráveis. Desse modo, é certo que elas apresentam um caráter predominantemente pedagógico, visando a integração social do adolescente infrator a partir de uma ressignificação de valores e de reflexão interna.

Vale ressaltar que mesmo não tendo como natureza jurídica de pena, elas obrigam o adolescente infrator ao seu cumprimento limitando alguns direitos individuais, tais como, o direito à liberdade. Atendendo a essa legislação especial, ainda que não esteja sujeito ao Código Penal, ele terá consequências jurídicas para a sua conduta infratora, não sendo, portanto, isento de repressão federativa.

Sob a ótica de que o próprio ECA é condizente com a relatividade da presunção de violência nos atos sexuais envolvendo menores de 14 (quatorze) anos, Luiz Flávio Gomes (2001, pgs. 40/41) exemplifica:

Se um adolescente de treze anos pratica uma relação sexual com uma adolescente da mesma idade, aquele que é punido porque consoante o ECA) entende (ainda que relativamente) o caráter ilícito do fato, é dizer, o sentido ético da atividade sexual; ao mesmo tempo, absurdamente, é punido justamente porque a vítima, da mesma idade, (em razão de uma presunção do legislador de 1940), não entende o sentido ético do ato. São dois adolescentes da mesma idade: há punição de um deles porque tem consciência (embora restritivamente) do que faz; a punição, ademais, tem por fundamento a presunção de que o outro não sabe o que faz. Que paradoxo gritante! Nenhum ordenamento jurídico que se valorize pode conviver com tamanha anomalia aporética! O menor de treze anos é punido porque sabe (em termos relativos) o que e, ao mesmo tempo, porque a menor não sabe o que faz! Afinal, o adolescente de treze anos sabe ou não sabe o que faz? O ECA (de 1990) diz sim; o CP (de 1940), diz não. Qual prevalece? Não há dúvida de que a lei posterior prepondera sobre a lei anterior. E não se trata puramente de uma questão de sucessão de leis no tempo, senão sobretudo de se reconhecer que a segunda valoração é muito mais consentânea com a atual realidade.

É inegável a incompatibilidade entre as representações do legislador de 1940 e o de 1990, a respeito do menor de 14 (quatorze) anos. A convicção do legislador a respeito da capacidade de entendimento e de consentimento do menor cinquenta anos depois explicita isso. Diante disso, a lei posterior deve se preponderar sobre a anterior, baseando-se tanto no critério cronológico quanto no critério de

predominância da regra penal mais benéfica ao acusado, em que a valoração posterior derogou de forma tácita a anterior, devendo prevalecer, portanto, o Estatuto de 1990.

A diferenciação que se faz no próprio artigo 112 do Estatuto, em seu parágrafo terceiro, que considera que o deficiente mental ou doente não conta com nenhuma capacidade de compreensão, permite então, fazer a distinção daquele que o caput do referido artigo se refere, dando a ele capacidade de entender e de querer além de uma consequência jurídica que se adequa a isso.

É imprescindível também mencionar o art. 190 do Estatuto, que prevê a possibilidade de intimação da sentença na pessoa do adolescente e dá a ele legitimidade de ser sujeito passivo no procedimento infracional. Tal previsão possibilita concluir que quem tem essa legitimidade, também tem capacidade e maturidade para entendimento das práticas sexuais. Assim, partindo da premissa, que “quem pode o mais, pode o menos”, o adolescente que tem capacidade ética de compreender o caráter ilícito do fato e conseqüentemente subordinar-se a medida socioeducativa podendo até ser interrogado e intimado da sentença, pode-se deduzir que adotar o posicionamento de invalidar seu consentimento, é juridicamente reprovável.

O ordenamento jurídico como um todo, carece de coerência, sendo buscada por quem o interpreta, para assim construir um entendimento lógico e compatível com todos os preceitos legais até aqui invocados. O modo positivista-legalista em ver o mundo do Direito está ultrapassado, uma vez que o Direito, para surtir efeito e acarretar conseqüências jurídicas positivas, dando segurança, deve ser interpretado conforme a atualidade, que é demarcada hoje pela era informacional.

Diante desse íterim, é possível concluir que depois do ECA, é inadmissível a tese absolutista e radical da ficção jurídica fundada na incapacidade de consentir da vítima menor. Isso se justifica pelo fato de que se o menor tem a capacidade de decidir sobre a prática daquela conduta e se vai se sujeitar às medidas socioeducativas pela prática do ato infracional, a sua capacidade de motivação (compreensão) são válidas juridicamente, tanto no que se refere à compreensão do caráter ilícito do fato criminoso e tanto no que tange à compreensão do caráter sexual no comportamento sexual, mesmo que tal percepção seja limitada.

## 6 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Abordar-se-á, doravante, a análise jurídica do delito de estupro de vulnerável, levando em consideração suas nuances e os aspectos históricos que nortearem esse delito frente ao Direito Penal Brasileiro até os dias atuais.

### 6.1 Projeto de Lei

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da exploração sexual de crianças e adolescentes do Senado Federal foi quem teve como iniciativa o Projeto de Lei n.º 253/2004, que deu origem à lei ordinária 12.015/2009.

Com a referida Lei 12.015/2009, houve a criação do novo tipo penal, qual seja, o delito de estupro de vulnerável, tendo sido inserido no Capítulo II, do Código Penal. Ainda, como será exposto no subtópico 6.2.4 deste capítulo, a supracitada lei alterou o Título VI do Código Penal de 1940 para “DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL”, revogou o artigo 224 do Código Penal que fazia alusão à violência presumida no antigo Capítulo II “DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES”, dentre outras alterações.

O projeto de n.º 253/2004 que ensejou a criação da Lei 12.015/2009, teve a seguinte motivação:

O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática. (BRASIL. Lei n.º. 12.015/2009. Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em 20.10.2017).

Portanto, anteriormente a revogação do supramencionado artigo 224, a presunção de violência nos “DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES” era intensamente discutida quanto a sua natureza jurídica, todavia, com a revogação, buscou-se eliminar tal discussão, tratando de forma objetiva as hipóteses em que a vítima é considerada pela lei penal presumivelmente vulnerável. Desse modo, com a

vigência do tipo penal que prevê o delito de estupro de vulnerável, o Senado Federal justifica:

Presunção de violência

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: (Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

a) não é maior de catorze anos; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009). (BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10.09.2017.

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 fática. (BRASIL. Lei nº. 12.015/09. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em: 15.09.2017).

No entanto, como será exposto no presente capítulo, o objetivo do Senado Federal em cessar a discussão sobre a presunção de violência, não surtiu efeitos. Isso porque mesmo havendo as hipóteses do artigo 217-A que limitam quem pode ser sujeito passivo desse delito, a chamada “objetividade fática”, ainda persistiram discussões sobre a vulnerabilidade da vítima, se presumidamente é absoluta ou relativa.

## 6.2 Da Presunção de Violência

A presunção de violência, também referida como violência ficta, se dá em casos onde não há violência física, porém, sob uma ótica de política criminal, o

legislador considera caracterizado o crime, uma vez que a vítima não tem condições de defender-se, consentir ou impedir a realização da conjunção carnal.

### **6.2.1 Modalidades de Presunção: absoluta e relativa**

Tal presunção se divide em absoluta e relativa: na absoluta, não é admitido prova em contrário do que está sendo alegado contra o réu, já na relativa, é dado o direito do acusado trazer em juízo alguma prova ou informação a seu favor, no que tange ao delito que está sendo acusado de praticar.

Rogério Greco (2012, pg. 533) aduz sobre a presunção:

O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no §1º do art. 217-A do Código Penal.

Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de estupro de vulnerável.

Para muitos, mesmo que não haja violência física ou grave ameaça, sempre que o acusado mantiver conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com vítima menor de 14 (quatorze) anos, por exemplo, haverá presunção de violência absoluta pelo simples critério etário, questão está que será debatida no presente estudo.

Importante salientar que há quem diga que nos dias atuais não se fala mais em presunção de violência, e sim, em vulnerabilidade. Com isso, aos adeptos a essa nova acepção, tem sido aplicado o conceito de que aqueles elencados no tipo penal como sujeitos passivos apresentam vulnerabilidade absoluta além de ser perceptível o aumento de doutrinadores que defendem a vulnerabilidade denominada como relativa.

Os adeptos à acepção da presunção relativa sustentam seus argumentos sob a perspectiva de que como todo o tipo penal viola um bem jurídico tutelado, pensar que o simples critério etário da vítima é suficiente para caracterização do crime em questão, trata-se de um equívoco.

A supramencionada linha de pensamento se justifica pelo fato de que a liberdade sexual, pode não ter sido violada e sim ter partido da vontade da própria

vítima, não podendo assim, considerar crime fato que não tenha violado efetivamente tal bem jurídico. Determinam também que é imprescindível o dissenso da vítima e que os meios de execução sejam mediante violência física ou psíquica.

Para melhor definir tal posição, Fernando Capez Leciona (2013, pgs. 83/84):

Vale notar que a tendência na doutrina era emprestar valor relativo a essa presunção (*juris tantum*), corrente esta minoritariamente partilhada pela jurisprudência. Assim, afastava-se essa presunção nas seguintes hipóteses: vítima que aparentava ser maior de idade; que era experiente na prática sexual; que já se demonstrava corrompida; vítima que forçou o agente a possuí-la; que de mostrava despudorada, devassa. Para essa corrente, a presunção não poderia ser absoluta, sob pena de adoção indevida da responsabilidade objetiva. O dispositivo em questão teria como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, a despeito de não ter completado ainda 14 anos, apresentasse evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não haveria por que impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades.

Nessa mesma linha de pensamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo afirma em acórdão que manteve a sentença absolutória de um acusado de estupro de vulnerável:

A prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado", afirmou o acórdão do TJSP, que manteve a sentença absolutória. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3067891/presuncao-de-violencia-contra-menor-de-14-anos-em-estupro-e-relativa>. Acesso em: 10 jan. 2017).

Sustenta-se que o agente deve ter a consciência da vulnerabilidade social da vítima, agindo no mínimo com culpa, uma vez que uma pessoa acusada de praticar um crime de estupro, qualquer que seja o tipo, sem ter a certeza de sua consumação ou da violência, pode ensejar uma injustiça por parte do Estado. Assim, é de se salientar que é necessário o máximo de cautela quando se trata de processos com crimes dessa espécie, até mesmo devido a sua natureza hedionda.

Argumenta-se também que o desconhecimento da vulnerabilidade social da vítima por parte do acusado, pode ensejar em erro de tipo. O erro de tipo é classificado em duas espécies: o erro de tipo essencial e o erro de tipo acidental. No erro de tipo acidental, o dolo nunca será excluído, assim, a conduta do agente recairá,

geralmente, sobre erro sobre o objeto (error in objecto), erro sobre a pessoa (error in persona), erro na execução (aberratio ictus) ou erro sobre a causa (aberratio causae), respondendo assim sem nenhuma vantagem.

Já no erro de tipo essencial, o agente tem uma falsa percepção da realidade, que impede o entendimento do caráter ilícito do fato como no exemplo clássico da doutrina que o agente atira em uma pessoa pensando tratar-se de um animal. Quando ocorre este último erro, conjuntamente com a exclusão de consciência e vontade do agente, invariavelmente, haverá a exclusão do dolo, chamado pela doutrina como erro de tipo invencível, escusável, justificável ou inevitável. Todavia, se houver previsão legal a título de culpa e o erro ser injustificável, inescusável, vencível, ou evitável, o agente responderá culposamente.

Existem casos na jurisprudência pátria em que os acusados de praticar o crime de estupro são absolvidos, mesmo que tenham mantido relações sexuais com menores de idade.

Tais absolvições muitas vezes se justificam pelo erro de tipo essencial, quando o agente incorre no erro de tipo, por acreditar estar mantendo a relação sexual com uma maior de 18 (dezoito) anos, devido ao biotipo e a vida social da vítima. Consideram que nesses casos, não há crime, pois o erro de tipo inevitável exclui o dolo, logo, também a tipicidade. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso julgou a Apelação criminal nº 34.462/2003 procedente:

Tjmt – Apelação Criminal – Réu Condenado Por Incurso Nas Penas Do Art. 213 C/C Art. 224 “A” C/C Art. 226, li, Todos Do Cp – Irresignação – Pretendida Absolvição– Procedência – Relacionamento Sexual Consentido E Espontâneo – Ausência De Dolo – Erro De Tipo – Excludente Da Culpabilidade – Violência Presumida – Inaplicabilidade – Recurso Provido.” (Dj De 14.11.2003 – Apelação Criminal Nº 34.462/2003).

Todavia, há aqueles que entendem que a presunção de violência é absoluta, isto é, que o Código Penal foi taxativo ao trazer a idade de 14 (catorze) e anos em seu tipo penal e que por não existir ressalvas, há uma nitidez de ilicitude na aplicação de excludentes para o crime de estupro de vulnerável.

Nas palavras de Luiz Regis Prado (2010, pg. 674):

Assim, configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir iuris et de iure, pela razão biológica de 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 delito.

No mesmo sentido, entende Mirabete e Fabbrini (2015, pg. 427): “No caput do artigo, o objeto central de tutela é o desenvolvimento sexual do menor de 14 anos, presumindo a lei, de forma absoluta, que não tem ele a maturidade necessária para manter com liberdade relações de natureza sexual”.

De acordo com a doutrina adepta a presunção como sendo absoluta, o bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (catorze) anos é a imaturidade psicológica, desse modo, argumentam que não há que se falar em suprimir tal presunção, pela sua experiência sexual ou pela compleição física da vítima.

É pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que mesmo que não haja grave ameaça ou violência, sendo o consentimento e a capacidade da vítima de se autodeterminar, tendo ela 14 (catorze) anos e sido vítima de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, configura-se o crime do artigo 217-A do Código Penal.

Ementa: 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. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1363531 MG 2013/0027835-7 (STJ) Data de publicação: 04/08/2014).

Nesse íterim, concluem que de acordo com a orientação pacificada no referido Tribunal, o tipo penal em comento não admite sequer alguma flexibilização ou prova contrária à presunção absoluta (juris et de jure) de violência praticada pelo ofensor contra a vítima menor de 14 (catorze) anos nos delitos contra a dignidade sexual.

Os adeptos a essa mesma corrente, utilizam da matriz constitucional em que se fundamenta tal proteção, disposta no art. 227 da Constituição de 1988, que se

refere ao dever estatal de assegurar à criança e ao adolescente o respeito à sua dignidade estabelecendo ressalvas ou concessões.

Destarte, Cleber Masson (2016, pg. 06) aponta: “No estupro de vulnerável, o tipo penal não reclama a violência ou grave ameaça como meios de execução do delito. Basta a realização de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com a vítima, inclusive com sua anuência”.

Outro exemplo de definição feito por Masson (2016, pg. 63): “A eventual experiência sexual da vítima e até mesmo seu relacionamento amoroso com o agente são irrelevantes, ou seja, não excluem a caracterização do crime capitulado no art. 217-A do Código Penal.”

Forçosa, por fim, a conclusão de que na presunção de violência, de acordo com a posição absoluta, seria uma forma de responsabilizar o possível agente ofensor de forma objetiva e tal hipótese de responsabilidade é abominada pelo Código Penal e Código de Processo Penal.

Entretanto, de acordo com a presunção relativa, é possível concluir também que se deve atentar para não se dar relevância aos antecedentes sexuais da vítima para determinar se houve ou não violência ou ameaça, uma vez que eles não são elementares do art. 217-A.

### **6.2.2 Natureza jurídica da presunção nos crimes sexuais**

Desde a edição do Código Penal de 1890 até os dias atuais, as discussões acerca da natureza jurídica da presunção de violência nos crimes sexuais vêm aumentando, acarretando julgados divergentes a casos similares. A interpretação positivista da lei passou a confrontar com as interpretações sociológica e teleológica, uma vez que a prestação jurisdicional passou a deixar dúvidas quanto a sua eficácia.

É indispensável que a realidade social e a justiça caminhem juntos, principalmente na atualidade. Desse modo, os adeptos à teoria da presunção relativa (“juris tantum”) no que se refere a violência e a ameaça nos crimes sexuais, passaram a “ganhar ouvidos” nos debates e decisões dos magistrados.

Diante disso, a natureza jurídica da presunção de violência nos crimes sexuais, a qual desde 1890 já era pacificada que era absoluta (“juris et de jure”), passou a ser rediscutida quanto a sua aplicação e levantada a possibilidade de ser substituída pela presunção relativa supracitada.

Desse modo, a interpretação gramatical passou a dar margem à aplicação da presunção relativa. É importante dizer que as demais condutas descritas no tipo do art. 217-A, admitem a relativização da presunção de violência e que somente no que se refere ao menor de 14 (quatorze) anos é que há controvérsias acerca da sua natureza.

### **6.2.3 Presunção de violência frente à legislação penal brasileira com enfoque nos crimes sexuais**

A presunção legal de violência nos crimes sexuais frente a legislação brasileira, é baseada nas ideias de Benedct Carpzov, legista alemão que ocupou lugar de destaque na história do Direito Penal na Idade Média, formulando o princípio *Qui velle non potuit, ergo noluit*. Tal princípio assente ao Digesto, uma compilação de fragmentos de jurisconsultos clássicos e um código de doutrinas seletas – posterior *Corpus Juris Civilis*, que determinava que “aquele que não pode querer, logo não quer”. (Teixeira, 2003, s.p. Disponível em:< <https://jus.com.br/jurisprudencia/16560/estupro-afastamento-da-presuncao-de-violencia-em-conjuncao-carnal-com-menor-de-14-anos/2>>. Acesso em 10.10.2017).

No Brasil, o Código Imperial disciplinava em seu artigo 219: “Deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.” (JUSBRASIL. Lei nº. 16/1930. Art. 219. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11316272/artigo-219-da-lei-de-16-de-dezembro-de-1830>>. Acesso em: 19.09.2017).

Com o passar dos anos, mediante o aviso 512 de 05.11.1862, passou-se a entender que crimes dessa natureza teria pena maior, sub-rogando o art. 222 do Código Imperial: “Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta” (BRASIL, Lei nº. 16/1830. Código Criminal do Império. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em 20.09.2017). Desse modo, é possível constatar que a prática do ato sexual com menor de 17 (dezessete) anos, subentendia-se que houve violência ou ameaça, considerando, portanto, a incapacidade do menor em consentir e até mesmo de consentir validamente.

Já o Código Penal Republicano, de 1890, passou a prever expressamente a presunção de violência para os crimes da natureza sexual contra os menores de 16 (dezesesseis) anos, dispondo em seu art. 272: “Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos” (QUINTELLA. Decodificando o Código Civil (36): A Configuração da indignidade do sucessor e os crimes contra a honra. Artigo científico. Disponível em:<<http://genjuridico.com.br/2017/09/19/configuracao-da-indignidade-do-sucessor-e-os-crimes-contr-honra/>>. Acesso em: 20.09.2017). Assim, foi estabelecida a presunção absoluta de violência, não permitindo que o agente pudesse se valer de justificativas para tal ato se a vítima tivesse 16 (dezesesseis) anos).

É imprescindível salientar que a presunção absoluta ainda persiste no vigente Código Penal de 1940, em seu artigo 217-A, objeto do presente estudo, sendo somente reformulada a idade para 14 (quatorze) anos, dando assim, um novo limite etário para que se presuma a violência ou grave ameaça contra a vítima. Tal redução de idade deu-se devido as mudanças sociais que estava correndo naquela época, em que passou a considerar o maior de 14 (quatorze) anos e menor de 16 (dezesesseis) anos, aquele com certo amadurecimento para as práticas sexuais, devido ao avanço do conhecimento da época.

A utilização do critério absoluto da presunção passou a predominar perante o entendimento dos tribunais, porém, desde o princípio foi alvo de grandes críticas quanto a sua aplicabilidade. Desde o final da década de 80, iniciaram-se ainda mais questionamentos, argumentando a grande modificação que se fazia presente na sociedade, em que os menores de 14 (quatorze) anos já possuíam um amadurecimento sexual se comparado com aqueles protegidos quando da edição do Código Penal de 1940.

O que se tem arguido para quem critica a referida presunção absoluta, isto é, quem defende o entendimento de que a presunção deve ser relativa, é que a aquisição da capacidade de autodeterminação sexual da pessoa é adquirida através de um processo dinâmico e não, de uma idade específica. Desse modo, deve-se levar em conta os fatores pessoais, culturais, éticos, psicofisiológicos, para somente assim determinar se o menor tem ou não capacidade de consentir a prática sexual.

Nesse diapasão, Renato Brasileiro de Lima (2016, pg. 49) expõe o que o acusado deveria provar, no caso de adoção da presunção relativa:

(...) provar que a presunção de violência pensada pelo legislador do Código Penal de 1940 não estava presente no caso concreto, ou seja, que a presumida insciência do menor de 14 anos em relação aos atos sexuais (*innocentia consilli*) não estava presente, seja por força de grande experiência sexual que a vítima apresentava, seja por aparentar ser maior de 14 anos, tendo tomado a iniciativa quanto à prática do ato sexual.

Acerca da mudança do limite etário para a configuração do estupro de vulnerável, imposta pelo vigente Código Penal de 1940, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho aponta o que Maria Lúcia Karam explana (2006, pg. 28):

Essa, de fato, parecia ser a intenção do legislador, tanto assim que, revelando sua intenção de se adequar aos avanços sociais, reduziu a idade da presunção de violência de 16 para 14 anos, quando da elaboração do Código Penal de 1940.

Tal posicionamento, inclusive, mostrava-se coerente com a ideologia patriarcal da época, fundada nas relações de dominação do homem sobre a mulher, e que, em matéria sexual, se expressava através do controle da sexualidade feminina, com a previsão de tipos penais com vitimização exclusiva da mulher, utilização dos elementos normativos “mulher honesta” e “mulher virgem”, diferenciação legal acentuada entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, dentre outros. Em nome da moralidade, da moral pública sexual, bens jurídicos tutelados pelos delitos sexuais, proibia-se simplesmente a manutenção de relação sexual com qualquer pessoa que não tivesse completado 14 anos.

Nesse ínterim, argumenta-se que o consentimento do menor é irrelevante, sendo o elemento constitutivo do tipo a idade de 14 (quatorze) anos. Os adeptos à presunção absolutista utilizam como alicerce o pensamento de que mesmo o menor tendo realizado o ato sexual, seu comportamento leviano não é justificado e não isenta a responsabilidade do autor maior, uma vez que é considerado que o menor não tem consciência crítica do que ele está praticando, ainda que dele tivesse partido a iniciativa ou mesmo a provocação para o ato sexual.

Todavia, com a incompatibilidade de justiça que passou a existir, estenderam-se os pensamentos opostos à teoria sobre a natureza absoluta da presunção. Essa oposição é crescente, dada a discordância com as transformações socioculturais dos dias atuais, uma vez que não se deve ignorar o consentimento do ofendido nos crimes sexuais, menor de 14 (quatorze) anos, sendo, portanto, um conflito entre lei e realidade social.

Desse modo, a jurisprudência e a doutrina passaram a ser renovadas no que se refere a matéria da presunção nos crimes sexuais, principalmente o estupro

de vulnerável. Tal compreensão é apontada por Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, pg. 31) onde demonstra a opinião de José Henrique Pirangeli:

Além disso, alegou-se que, se as outras alíneas, "b" e "c", do art. 224, do CP, tratavam de presunções relativas, não haveria de se excluir a alínea "a", sob pena de o menor ser mais protegido ". que o insano mental, que tem menor possibilidade de consciência e, por fim, que inexistia qualquer menção expressa acerca da natureza absoluta da referida presunção.

É fundamental salientar que com a reforma do Título VI do Código Penal Brasileiro - antigo "DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES" – sendo denominado de "DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL", houve a promulgação da Lei 12.015/2009. A referida lei revogou o antigo artigo 224 do Código Penal, que determinava a violência presumida.

Com a revogação, o atual artigo 217-A passou a constituir as hipóteses elencadas no aludido artigo revogado, sendo crime autônomo com pena mais severa e passou a tratar como vulneráveis aqueles com menos de 14 (quatorze) anos de idade. A redação do dispositivo que trata do estupro de vulnerável, invalida o consentimento desses menores e considera crime qualquer ato de cunho sexual contra eles, presumindo a violência.

Rogério Greco (2012, pg. 533) aponta:

Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de estupro de vulnerável.

Assim, deu-se a objetividade presente na configuração do estupro de vulnerável, a partir do fato de que ciente o autor da idade da vítima, este deveria ser punido criminalmente, uma vez que o consentimento do ofendido deve ser desprezado nesses casos. A permanência da presunção se justificou pelo objetivo de proteção ao ofendido, que teve sua vulnerabilidade abusada e é incapaz de apresentar resistência, devido a sua falta de consciência dos atos de natureza sexual.

O que se permite concluir é que partindo da ideia de presunção, é inegável a importância que se dá à moralidade se comparada com o bem jurídico de autodeterminação sexual do ofendido, o qual é o verdadeiro objeto tutelado. Por outro lado, deve-se tomar cuidado com uma possível insegurança jurídica, que pode se

fazer presente a partir do subjetivismo das decisões judiciais, dando ao magistrado plena liberdade para interpretar o caso concreto e aplicar a lei penal de acordo com seu entendimento. É imprescindível que ele tome cuidado com a eficácia da prestação jurisdicional, tendo sim uma postura flexível, porém, compromissada com os princípios estruturais do Direito Processual Penal Moderno: o do livre convencimento do juiz e o da busca da verdade material.

#### **6.2.4 Os tribunais superiores frente a uma análise argumentativa sobre a natureza jurídica da presunção de violência no crime de estupro de vulnerável**

O ordenamento jurídico-penal brasileiro adota como regra a responsabilidade penal subjetiva, tendo assim, a necessidade de que o dolo e a culpa do agente sejam provados. Todavia, após o estudo da jurisprudência, tem-se que o posicionamento uníssono advindo do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal consideram a presunção de vulnerabilidade, como conceito absoluto, não admitindo sua relativização em qualquer hipótese.

Ora, ainda que haja quem adote a possibilidade de relativização da vulnerabilidade a depender do caso concreto e tenha por objetivo evitar a adoção da responsabilidade penal objetiva, os Tribunais Superiores adotam posição em sentido contrário. Veja-se que o Supremo Tribunal Federal, inovou na seara jurídica reconhecendo a presunção relativa de violência no crime de estupro de vulnerável no Habeas Corpus 73.662-9 MG de 21 de maio de 1996:

A presunção de violência prevista no art. 224 do CP 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 pela dessemelhança. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes a sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. STF - HC 73.662/MG - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 21/05/1996 - DJU 20/09/1996. Também nesta linha: "a jurisprudência do Tribunal reconhece a atipicidade do fato delituoso quando se demonstra que

a ofendida aparenta ter idade superior a 14 anos" (STF - HC 79.788/MG - 2ª T. - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 02/05/2000 - DJ 17.08.2001).

Cabe destacar a ementa do referido 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. (STF - HC: 73662 MG, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/05/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028, Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg>>. Acesso em: 20.09.2017).

Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal, em decisão isolada sob o viés de um olhar do caráter relativo da presunção de vulnerabilidade. Em conjunto com a Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça também decidiu de forma afastada do pensamento predominante:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, A, DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, a, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos. (STJ - EREsp: 1021634 SP 2011/0099313-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 23/11/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 23/03/2012).

Na íntegra, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar fato ocorrido durante a vigência do artigo 224 do Código Penal, por entender que se tratava de presunção relativa, inocentou o homem acusado de estupro de vulnerável. O julgado proferido pelo Superior Tribunal traz a situação de um homem que teve

relações sexuais consentidas com três meninas, menores de 14 anos e maiores de 12 anos, uma vez que, por serem prostitutas, possuíam experiência sexual.

Assim, fica evidenciado que se iniciou o novo critério relativo da presunção de vulnerabilidade. No caso do Habeas Corpus supramencionado, a relatividade do critério justificou-se na experiência sexual anterior da menor.

E, mesmo que a decisão não tenha sido resultante pela unanimidade de votos pela turma e que o pensamento não tenha resultado em uma jurisprudência, ainda sim, “foi de extrema importância para que mesmo entre os práticos, os mais severos, admitissem a nova forma de pensamento pautada na atualidade, uma vez hoje em dia nem todos os menores de quatorze anos possuem *innocentia consilii*” (NORONHA, pg. 197, 2002).

Em contraposto, sempre o entendimento predominante seria o de que a referida presunção teria natureza absoluta. Desse modo, tendo sido demonstrado a ocorrência de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, está provado o delito de estupro de vulnerável.

Na visão jurisprudencial, ao dotar a presunção absoluta de vulnerabilidade (também já chamada de presunção de violência), não se admite prova em contrário, mesmo que a menor tenha amplo conhecimento sexual e maturidade para consentir validamente.

Parece caminhar nesse sentido o entendimento jurisprudencial, conforme o seguinte acórdão da 2ª Turma do STF:

Ambas as Turmas desta Corte, pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea a do Código Penal é absoluta. A violência presumida foi eliminada pela Lei n. 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. (STF, 2ª Turma, HC 101.456/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/03/2010, DJe 76 29/04/2010).

Em conjunto, a presunção absoluta de violência encontra-se justificada pela instância superior:

É anacrônico, a seu turno, o discurso que procura associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certas minorias, física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas. A sobrevivência de uma tal doxa - despida, pois, de qualquer lastro científico - acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas - em menor ou maior

grau, não importa - a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida por quem tem o dever legal e/ou moral de proteger, de orientar, de acalantar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada. (STJ, T6 – Sexta Turma, REsp 1.276.434/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 07/08/2014, p. DJe 26/08/2014).

Por fim, é importante ressaltar que pese embora entendimentos diversos da própria instância, o Supremo Tribunal Federal no julgado do HC nº 73662, já mencionado, decidiu pela relativização da presunção. Como não houve unanimidade de votos nessa decisão, cabe destacar os votos favoráveis à presunção relativa e à absolvição do paciente (ministros Marco Aurélio, Francisco Resek e Maurício Correa); e os contrários (ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira).

A propósito, parte do voto indefectível do Ministro Relator 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. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Aquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

(...)

Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez.

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não?

Ora, enrijecida a legislação - que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a - cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno,

sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada - tecnológica, social e espiritualmente.

De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público. (BRASIL. HC nº. 73.662-9/MG. Boletim – 42 – junho/1996. A Violência Presumida no crime de estupro diante do STF. IBCCRIM.org. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_editorial/62-42-Junho-1996](https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/62-42-Junho-1996)>. Acesso em: 20.09.2017).

E, no mesmo caso, votou o Ministro Maurício Correa, salientando:

(...). Sr. Presidente, a jurisprudência é construída em casa caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise de novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sob outro ângulo, que aqui é restrita a tal *quaestio*, ressalva essa que faço questão de anotar. (STF - HC: 73662 MG, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/05/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC\\_73662\\_MG-21.05.1996.pdf?Signature=60x3vMJo2TVGitS2TJeufUI8%2BZo%3D&Expires=1508185990&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=276b428a151b692346ff1e57f3b429c7](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_73662_MG-21.05.1996.pdf?Signature=60x3vMJo2TVGitS2TJeufUI8%2BZo%3D&Expires=1508185990&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=276b428a151b692346ff1e57f3b429c7)>. Acesso em: 20.10.2017).

Por outro lado, aludiu o Ministro Carlos Velloso:

O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito. É que uma menina de doze anos já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do seu corpo, cede, com mais segurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as consequências do ato. O instinto sexual tende a prevalecer. Por isso, a lei institui em seu favor a presunção de que foi levada à consumação do ato sexual mediante violência (Código Penal, art. 224, a). A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da Lei Penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem ainda condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer.

(...)

O paciente é que, com vinte e quatro anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o coito, de induzi-la ao coito. Ao que leio das declarações foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias. Diz ela, ainda, está nas declarações que li para os eminentes Ministros, que não tem medo de pegar AIDS e que depois veio a se relacionar com outro homem. Quem presta tais declarações não é capaz de decidir. Na verdade, uma jovem de 12 anos não é ainda uma mulher, não sabe discernir a respeito dos seus instintos sexuais. Essa

imaturidade, que impede a compreensão do exato sentido do ato, revela-se, justamente, nas declarações que foram prestadas, em que a menina – moça se preocupa em parecer mulher de vida livre isto decorre da imaturidade. Fosse ela, mulher feita, pudesse discernir como adulta e suas declarações seriam outras, ela tentaria se defender, parecer moça austera, circunspecta. (STF - HC: 73662 MG, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/05/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028. Disponível em: < [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC\\_73662\\_MG-21.05.1996.pdf?Signature=60x3vMJo2TVGitS2TJeufUI8%2BZo%3D&Expires=1508185990&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=276b428a151b692346ff1e57f3b429c7](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_73662_MG-21.05.1996.pdf?Signature=60x3vMJo2TVGitS2TJeufUI8%2BZo%3D&Expires=1508185990&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=276b428a151b692346ff1e57f3b429c7)>. Acesso em: 20.10.2017).

Conferiu-se então debate acirrado no Supremo Tribunal Federal sobre o “relativizar” a presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável. Entrementes, houve necessidade de trazer os argumentos favoráveis e contrários a admissão de relativização.

Pela letra fria da lei, não é possível vislumbrar exceções, mas, há casos em que diante da realidade, há quem defenda a imposição da adoção do critério relativo da presunção, admitindo-se prova em contrário da ocorrência do delito. Aqueles que sustentam esse pensamento, partem do pressuposto de que sendo incontroverso que as práticas sexuais ocorreram com a plena consciência e com inequívoco consentimento da vítima, não há que se falar na ocorrência de estupro de vulnerável.

Além de que, embora, em tese, o fato seja formalmente típico e dotado de ilicitude, afirmam que ele não se reveste de tipicidade material, visto que não há violação alguma à dignidade sexual da suposta vítima, pois as relações sexuais praticadas contaram com sua aquiescência e com sua plena consciência.

Ainda mencionam, que a propósito, não se ignora que o Direito Penal deve se nortear por seu viés subsidiário e fragmentário, intervindo nas relações sociais tão somente quando presente um ataque relevante e intolerável a um bem jurídico merecedor de proteção pelo Estado.

Sabe-se, pois, que para os que defendem que o Direito Penal não deve intervir em determinados casos entendem que o “espírito” do preceito primário da norma penal incriminadora insculpida no artigo 217-A, do Código Penal, tem por propósito proteger a dignidade sexual de pessoas sem discernimento, sem consciência, bem como sem capacidade de inteligência e de resistência – longe de ser

o caso de algumas vítimas que tiveram conjunção carnal ou praticaram outro ato libidinoso quando menores de 14 (quatorze anos).

Outro ponto, os adeptos à relativização da presunção aduzem que longe da discussão moral sobre a prática de relações sexuais logo no início da adolescência, não se pode fugir da realidade social de que jovens têm tido experiências sexuais cada vez mais cedo. Além disso, ressaltam que em 1940, era plenamente justificado a fixação da presunção aos quatorze anos, hoje, com a evolução dos meios de comunicação, a adoção do argumento etário de 14 (quatorze) anos para se arguir a “falta de noção” com relação ao ato sexual e seus riscos, passa a não ser mais justificável.

Assim, presente, também, aqueles que adotam o pensamento predominante na jurisprudência atual, refutam os argumentos supracitados, afirmando que a “vulnerabilidade” não integra o preceito primário do tipo e sim, o legislador traz três situações em que a vítima deverá ser considerada “vulnerável”. Diante disso, alegam que não cabe ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com a intenção de excluir a tipicidade da conduta.

Entre os absolutistas, há também quem ressalte que a idade da vítima é critério objetivo, desse modo, não é possível relativizá-lo deixando a cargo do juiz no caso concreto verificar o desenvolvimento mental da vítima, isto é, deixando a aferição da maturidade do menor “nas mãos” do magistrado. Dessa forma sustentam que não se pode procurar justificar o comportamento do menor de 14 (quatorze) e se desvirtuar da análise da conduta do agente criminoso ou justificá-la.

Importante destacar aqui o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça frente a essa presunção, através da edição da Súmula 593, julgada no dia 25 de outubro de 2017. O Tribunal Superior decidiu:

**Súmula 593** - O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017). (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmulas anotadas**. Data De Julgamento: 25/10/2017, S3 - Terceira Seção, Data De Publicação: Dje 06/11/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=sumula+593&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25.10.2017).

Desse modo, a mesma 3ª Seção que em 2011 reconheceu no já citado recurso especial nº 1021634, a inocência de um homem acusado de estupro de vulnerável pelo fato das três meninas, menores de 14 (quatorze) anos, que com ele tiveram relações sexuais, serem prostitutas e conseqüentemente, possuírem experiência sexual, em 2017 sumulou entendimento contrário a esse posicionamento. Com a edição dessa nova súmula, pacificou-se a posição em caráter absoluto no referido Tribunal sobre tal questão, logo, determinou-se pela não relativização da presunção absoluta, quando há consentimento da vítima, em eventual experiência sexual anterior dela ou até mesmo quando há relacionamento amoroso entre o agente e ela, não descaracterizando o crime sexual nesses casos.

Conclui-se então, que os adeptos à corrente absoluta recriminam o discurso jurisprudencial que tem como justificativa a eventual experiência sexual da vítima, o relacionamento amoroso e seu consentimento para com o ato sexual, como 82 fatos capazes de afastar a ocorrência do crime em apreço. Ademais, reprovam o argumento de que o desenvolvimento da sociedade e dos costumes possam justificar a não configuração do crime sexual perpetrado contra menor de 14 (quatorze) anos. Isso porque, justificam que o caminho da “modernidade” deve ser sempre contrário às normatizações do Direito Penal brasileiro e a política criminal como um todo, pois, se assim não o fosse, haveriam danos irreparáveis aos bens jurídicos tutelados, in casu, a dignidade sexual de certos grupos de pessoas fragilizadas.

Por fim, consideram que ao julgar relativizando a vulnerabilidade em cada caso, passa-se a julgar exclusivamente o comportamento da vítima e não mais do agente.

À vista de todo o exposto, não há que se falar na cessação do embate jurisprudencial no que se refere ao caráter da vulnerabilidade. Some-se a tudo isso o fato de que até que não ocorra alguma mudança na legislação acerca da antiga presunção de violência e hoje, de vulnerabilidade, fundada em critério etário, existirão correntes opostas sobre esse tema, onde uns sustentam a presunção absoluta da vítima ser vulnerável e outros, a relativa.

## 7 CONCLUSÃO

Considerando toda a exposição do presente trabalho, é possível chegar à conclusão que a mudança ocasionada pelo passar dos anos, advém de um desenvolvimento dos diversos padrões de conduta e dos modos com que as pessoas se interagem. Desse modo, o legislador, para a elaboração de uma norma punível, sempre se pauta no momento histórico-cultural, a fim de que a norma atinja seu objetivo, que é reprimir de maneira justa e proporcional as condutas criminosas e evitar a reiteração delas.

O direito penal trata de medidas de caráter sancionatório, chegando até mesmo, restringir a liberdade de um indivíduo. Portanto, é necessário o legislador basear-se no contexto social que se faz presente durante aquele processo legislativo, para assim, colher os elementos que vão constituir o tipo penal, vislumbrando a eficácia da norma penal.

Neste sentido, as mudanças em que o atual crime de estupro de vulnerável passou, desde a sua origem no Direito Romano até com a última alteração na legislação brasileira feita pela Lei 12.015 de 2009, justificam-se pelas mudanças sociais que refletiram na mudança dos valores consagrados pela sociedade das épocas anteriores.

É inevitável afirmar que a presunção de violência no referido crime, em que a vítima era maior de 12 (doze) anos e menor de 14 (quatorze) anos até o momento da decretação do Código Penal de 1940, era ainda justificada por ser considerada como absoluta. Entretanto, nos dias atuais, com o surgimento da crescente corrente que adota o critério relativo para auferir a presunção de violência nos crimes envolvendo o menor supramencionado, parece ir mais de acordo com o as circunstâncias difundidas pela evolução social, cultural e tecnológica da atualidade.

É possível concluir que o critério etário-objetivo imposto pelo legislador, que enseja a presunção absoluta, deve persistir com relação às crianças menores de 12 (doze) anos de idade, para que não haja violação à lei específica, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente e seja assegurada a simetria das normas, uma vez que o Estatuto os considera crianças para todos os fins penais. Já, se tratando de evolução, o menor de hoje em dia, entre os 12 (doze) anos e 14 (quatorze) anos pode sim ter alcançado uma maturidade sexual precocemente, podendo tanto concordar quanto discordar com o ato sexual, sendo, então, possível dar validade ao seu

consentimento dependendo do caso. Assim, caberia ao acusador e ao magistrado, analisar o caso concreto para depois pensar sobre a adesão ao critério relativo ou absoluto da presunção de violência ou grave ameaça.

Dessa forma, se o menor tem condições de exercer sua liberdade de forma consciente dos atos sexuais, o critério absoluto, que não admite prova em contrário da existência de violência, passa a ser frustrado. Há quem diga que a adesão do critério absoluto nesses casos é uma afronta aos princípios constitucionais presentes no art. 5º da Carta Magna desse país e também princípios orientativos do direito penal, tais como, o princípio da presunção de inocência, reserva legal, culpabilidade, do *in du bio.pro reo*, da intervenção mínima, fragmentariedade, ofensividade, entre outros.

Por fim, deve-se levar em conta as transformações do padrão comportamental sexual do jovem brasileiro, uma vez que os conhecimentos alcançados por eles sobre as atividades sexuais comprovam as inúmeras mudanças comportamentais desses jovens desde as últimas décadas. Assim sendo, o que deveria ser feito é uma reforma na legislação penal brasileira, extinguindo de uma vez por todas a presunção absoluta de violência nos casos envolvendo as vítimas menores de 14 (quatorze) anos, de forma expressa.

Além disso, deveria também conter uma previsão legal sobre a necessidade de utilização de perícia psicológica na vítima nesses casos, a fim de ajudar a verificar se ela tem ou não consciência sobre o ato sexual para consentir validamente e a verificar sua capacidade de resistência perante o ato praticado. Destarte, com essas mudanças, seria sempre possível utilizar-se de todos os meios de provas possíveis segundo as normas processuais vigentes para posteriormente afirmar, categoricamente, que houve violência ou ameaça à vítima e que ela deve ser considerada vulnerável.

Não há dúvidas de que o delito de estupro de vulnerável é um delito de delicada apreciação pelo órgão julgador e por todos que o cercam, dada a sua maior reprovabilidade, pela demonstrada covardia do agente (se evidenciada a sua culpabilidade) e pelo propósito de proteger a dignidade sexual de pessoas sem discernimento, sem consciência, bem como sem capacidade de inteligência e de resistência. Contudo, até que a lei não se adapte ao contexto social, não haverá cessação do conflito doutrinário e jurisprudencial no que concerne a possibilidade de mitigar a presunção de violência nos casos de estupro de vulnerável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa (Org.) et al. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

BERTASSO, Marcelo. **O desproporcional “estupro de vulnerável”**. Artigo científico. Mpbertasso.wordpress. 2009. Disponível: <  
<https://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 12.09.2017

BITENCORUT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado.9 ed.** São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: volume 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, Julia Melo Saldanha. **Relativização da Violência Sexual presumida e a tutela do menor**. Artigo Científico, Jus.com, 2009. Disponível em: <  
<https://jus.com.br/artigos/12815/relativizacao-da-violencia-sexual-presumida-e-a-tutela-do-menor/2>>. Acesso em 10.09.2017

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848/1940. Código Penal**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10.09.2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 8.072/1990. Crimes Hediondos**. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 11.10.2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 12.015/09**. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm)>. Acesso em: 07.09.2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 12.015/2009**. Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em 20.10.2017

\_\_\_\_\_. **Mensagem nº. 640/2009**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/Msg/VEP-640-09.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/Msg/VEP-640-09.htm)>. Acesso em 10.10.2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 12.015/2009**. Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em 20.10.2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 16/1830. Código Criminal do Império**. Disponível em:<  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em 20.09.2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ementa: **Penal. Habeas Corpus. Paciente Denunciado Por Tentativa De Furto. Princípio Da Insignificância. Atipicidade Da Conduta Do Agente. Reconhecimento. Ordem Concedida.** Stf - Hc: 117903 Mg, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data De Julgamento: 05/11/2013, Segunda Turma, Data De Publicação: Dje-229 Divulg 20-11-2013 Public 21-11-2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal De Justiça Do Mato Grosso – **Apelação Criminal – Réu Condenado Por Incurso Nas Penas Do Art. 213 C/C Art. 224 “A” C/C Art. 226, li, Todos Do Cp – Irresignação – Pretendida Absolvição– Procedência – Relacionamento Sexual Consentido E Espontâneo – Ausência De Dolo – Erro De Tipo – Excludente Da Culpabilidade – Violência Presumida – Inaplicabilidade – Recurso Provido.** Dj De 14.11.2003 – Apelação Criminal Nº 34.462/2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **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.** Stj - Agravo Regimental No Recurso Especial Agrg No Resp 1363531 Mg 2013/0027835-7 (Stj) Data de publicação: 04/08/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Minas Gerais. HC 73.662/MG - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 21/05/1996 - DJU 20/09/1996. **Também nesta linha: "a jurisprudência do Tribunal reconhece a atipicidade do fato delituoso quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 anos".** STF - HC 79.788/MG - 2ª T. - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 02/05/2000 - DJ 17.08.2001.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **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.** STF - HC: 73662 MG, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/05/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. **Penal E Processo Penal. Embargos De Divergência Em Recurso Especial. Estupro Com Violência Presumida. Menor De 14 Anos. Revogado Art. 224, A, Do Cp. Presunção Relativa. Divergência Caracterizada. Embargos De Divergência Acolhidos.** Stj - Eresp: 1021634 Sp 2011/0099313-2, Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Data De Julgamento: 23/11/2011, S3 - Terceira Seção, Data De Publicação: Dje 23/03/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ambas as Turmas desta Corte, pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea a do Código Penal é absoluta. A violência presumida foi eliminada pela Lei**

n. **12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**". STF, 2ª Turma, HC 101.456/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/03/2010, DJe 76 29/04/2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **É anacrônico, a seu turno, o discurso que procura associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certas minorias, física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. A sobrevivência de uma tal doxa - despida, pois, de qualquer lastro científico - acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau, não importa - a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida por quem tem o dever legal e/ou moral de proteger, de orientar, de acalentar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfiças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.** STJ, T6 – Sexta Turma, REsp 1.276.434/SP, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, j. 07/08/2014, p. DJe 26/08/2014.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmulas anotadas.** Data De Julgamento: 25/10/2017, S3 - Terceira Seção, Data De Publicação: Dje 06/11/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=sumula+593&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25.10.2017.

CAMARGO, Laura Valcazara. **A possibilidade do comportamento provocador da vítima menor de quatorze anos.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, II, n. 7, nov 2001. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5450](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5450)>. Acesso em 10.09.2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** volume 3 : parte especial. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida:** uma análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004-2006.

CEREZO MIR, José. **Obras completas.** Lima: ARA ed., 2006

COBO, Barbara. SABOIA, Ana Lucia. **A “geração canguru” no Brasil.** Artigo científico. [www.abep.org.br](http://www.abep.org.br). Disponível em: <<http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/2392/2345>>. Acesso em: 10.09.2017.

Drezett J, Junqueira L, Tardelli R, Antonio IP, Macedo Jr H, Vertamatti MAF, Pimentel RM, Abreu LC. **Influence of forensic examination on the accountability of sexual violence authors in teenagers**. Rev Bras Cresc e Desenv Hum. 2011.

FERNANDES, Carlos Thompson Costa. **O Princípio da Igualdade: Da formalidade à efetivação**. Artigo científico, Revista unirn. 2001. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/35/38>>. Acesso em 15.09.2017

FREUD, A. **Les Théories sexuelles infantiles. La vie sexuelle**. Paris, PUF, 1969, 1908.

GABEL, Marceline. **Crianças vítimas de abuso sexual**/ Marceline Gabel; [tradução Sonia Goldfeder]. - São Paulo: Summus, 1997.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais** (Enfoque Crítico) – 1ª Parte”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4 – n. 15, julho-setembro. Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. **Presunção de violência nos crimes sexuais. Série as ciências criminais no século XXI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: volume 3: parte especial. 9. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012

JUSBRASIL. **Lei nº. 16/1930. Art. 219**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11316272/artigo-219-da-lei-de-16-de-dezembro-de-1830>>. Acesso em: 19.09.2017.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal especial comentada**: volume único. 4 ed.rev., atual e ampl.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do código penal. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: volume 3 : parte especial : arts. 213 a 359-H. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito penal esquematizado**: volume 3 : parte especial : arts. 213 a 359-H. 6. ed. rev., atual. e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Código Penal interpretado**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

Muuss, R. **Teorias da Adolescência**. B.H., Interlivros Ltda, 1971

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: volume 3**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Oshikata CT, Bedone AJ, Papa MSF, Santos GB, Pinheiro CD, Kalies AH. **Características das mulheres violentadas sexualmente e da adesão ao seguimento ambulatorial: tendências observadas ao longo dos anos em um serviço de referência em Campinas**, São Paulo, Brasil. Artigo científico. Cad Saúde Pública. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2011000400009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2011000400009)>. Acesso em 15.09.2017.

PINHEIRO, Marcia da Silva. **Aspectos Bio-Psico-Sociais da Criança e do Adolescente**. Artigo científico. Cedeca.org.br. Disponível em: <<http://www.cedeca.org.br/conteudo/noticia/arquivo/3883a852-e760-fc9f-57158b8065d42b0e.pdf>>. Acesso em: 10.09.2017

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 2. Parte Especial – Art. 121 a 249. Editora Revista dos Tribunais. 9ª edição revista, atualizada e ampliada, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 2 : parte especial. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUINTELLA, Felipe. **Decodificando o Código Civil (36): A Configuração da indignidade do sucessor e os crimes contra a honra**. Artigo científico, Genjurídico.com. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/09/19/configuracao-da-indignidade-do-sucessor-e-os-crimes-contr-honra/>>. Acesso em: 20.09.2017

Ramos CRA, Medicci VPG, Puccia MIR. **Mulheres vitimadas sexualmente: perfil sociodemográfico e análise do atendimento em um centro de referência**. J Health Sci Inst. 2009.

SILVA, Paulo Sergio Modesto. **O Desenvolvimento da Adolescência na Teoria de Piaget**. Artigo científico, [www.psicologia.pt](http://www.psicologia.pt), 2011. Disponível em: <  
<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0250.pdf>>. Acesso em 15.09.2017.

SUTTER, J.M. **Le Mensange Chez l' enfant**. Paris, PUF, 1972.

**Vade Mecum Digital**. Legjur.com. Disponível em:<  
<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=241>>. Acesso em 09.09.2017

VÉASES, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, **Derecho Penal español. Parte general**, 15ª ed., Dykinson, Madrid, 1992.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3ª ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito penal: parte geral**. 5. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI Eugenio Raul ; TIEDMANN, Klaus. **Dogmática penal del tercer milenio** (libro homenaje a los profesores Perú: Ara Editores, 2008).