

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

CURSO DE DIREITO

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ESTUDO CRÍTICO DA VULNERABILIDADE

Wilian Barbosa Garbim

Presidente Prudente/SP
2019

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

CURSO DE DIREITO

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ESTUDO CRÍTICO DA VULNERABILIDADE

Wilian Barbosa Garbim

Monografia (ou TC) apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Renato Tinti Herbella.

Presidente Prudente/SP
2019

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ESTUDO CRÍTICO DA VULNERABILIDADE

Trabalho de Curso (ou Monografia) aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Renato Tinti Herbella
(Orientador)

Wilton Boigues Corbalan Tebar
(Examinador(a) 01)

Carla Roberta F. Destro
(Examinador(a) 02)

Presidente Prudente, 14 de novembro de 2019

Ciência penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-lo a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida.

Nelson Hungria

Dedico este trabalho à minha família, em especial ao meu falecido pai; que eu possa ser um grande homem como ele foi.

RESUMO

Recentemente, a Lei n.º 13.718/18 alterou o artigo 217-A, do Código Penal, apontando que, agora, a presunção de vulnerabilidade é absoluta no crime de estupro de vulnerável, não cabendo, portanto, prova em contrário. Posto isso, o presente trabalho pauta-se na utilidade de demonstrar que o Direito Penal não pode restar-se alheio à sociedade que regula, tendo, por conseguinte, de interpretar o Direito em si em face das questões e avanços socioculturais, assim como o ordenamento jurídico deve ser constituído numa unicidade jurídica, evitando-se, então, incongruências normativas entre diplomas. Dessarte, demonstrar-se-á todas as implicações dessa mudança, como, por exemplo, questões atinentes ao devido processo legal, perpassando pela análise da marcha social evolutiva em que se encontra o Brasil e a forma que a nova alteração nela interfere e, ainda, como ela foi desprezada no ato legislativo, sem deixar de lado, inclusive, toda uma análise psicológica e histórica sobre a problemática a ser enfrentada.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Penal. Código Penal. Artigo 217-A. Estupro de vulnerável. Presunção de vulnerabilidade. Recente alteração. Lei n.º 13.718/18. Inadequação social.

ABSTRACT

Recently, the Law n.º 13.718/18 changed the section 217-A, of Penal Code, pointing that, now, the presumption of vulnerability is absolute in the felony of rape of vulnerable, therefore, it is not possible to prove otherwise. Thereby, this present paper is based on the utility of demonstrate that the Criminal Law cannot be remote from society which regulates, having, consequently, to interpret the Law *per se* in face of the social and cultural advances, as well as juridical ordainment must be built on a juridical unicity, avoiding, by that, normative incongruences between laws. Thus, it will be demonstrated all the implications of that recent alteration, as, for an example, questions associated with the due process of law, also will be analyzed in which evolutionary march Brazil is based on and how the new alteration affects it and, still, how she was disdained on the legislative act, not forgetting about the psychological and the historical analysis of the of the issues and problematics of this present paper.

KEYWORDS: Criminal Law. Penal Code. Section 217-A. Statutory Rape. Presumption of vulnerability. Recent alteration. Law n.º 13.718/18. Social inadequation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 REALIDADE SOCIOCULTURAL BRASILEIRA E A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL	09
2.1 Sexualidade na Sociedade: Uma Análise Histórica.....	12
2.2 Breve Resumo Histórico do Estupro na Legislação Pátria.....	14
2.3 Estupro no Brasil: Dados Alarmantes.....	16
2.4 O Acusado no Crime de Estupro.....	19
2.5 O Estupro de Vulnerável nos Estados Unidos.....	21
2.5.1 Análise fílmica do estupro estatutário.....	22
3 DO PERÍODO DA ADOLESCÊNCIA E A SEXUALIDADE	24
3.1 Conceito e Etimologia da Palavra Adolescência.....	24
3.2 Conceito Legal de Adolescente.....	25
3.3 Da Sexualidade na Adolescência.....	26
3.3.1 Da <i>innocentia consillii</i>	28
3.4 Os Adolescentes e o Uso de Entorpecentes e Bebidas Alcoólicas.....	30
3.4.1 O consentimento sob efeito de substâncias lícitas.....	31
4 DA VIOLÊNCIA SEXUAL: DA LIBERDADE SEXUAL E O ABUSO	33
4.1 A Vítima do Crime de Estupro: Saúde em Risco.....	34
5 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS GERAIS	37
5.1 Conceito e Base Legal.....	37
5.2 Objetividade Jurídica ou Bem Jurídico Tutelado.....	38
5.3 Natureza Jurídica da Vulnerabilidade.....	39
5.4 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo.....	41
5.4.1 Do erro de tipo ou <i>error aetatis</i>	42
5.5 Tutela Jurídica e o Critério Etário.....	43
6 LEI Nº 13.718, DE 2018: A BUSCA POR UMA TUTELA EFETIVA DA DIGNIDADE SEXUAL OU INADEQUAÇÃO SOCIAL DA NORMA?	46
6.1 Responsabilização Objetiva.....	48
6.2 Violação ao Princípio da Presunção da Inocência?.....	50
6.3 Liberdade Sexual: Mudança Paradigmática do Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	51
7 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro data o ano de 1940. Posto isso, é lógico deduzirmos que ele deva ser atualizado com o decurso do tempo para que esteja em acordo com os novos princípios do sistema jurídico do Brasil, assim como se mostre atinente à sociedade que regula.

Contudo, sabe-se o grande problema que o país enfrenta com todo o processo legislativo, haja vista que, além da não celeridade no processo em si, o produto final acaba eivado de problemas que desembocam no judiciário.

Em 24 de setembro de 2018, a Lei n.º 13.718 adentrou no ordenamento jurídico, alterando, por conseguinte, o Decreto-Lei n.º 2.848/1940, famigeradamente conhecido como Código Penal. Dentre suas inúmeras mudanças, acrescentou ao artigo 217-A, do Código Penal, o § 5º. Vejamos: “As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.”

A partir de tal alteração, constatou-se que toda a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da vulnerabilidade do crime supramencionado acabou por ser assentada pela letra da lei.

Não obstante, a discussão acerca do tema ainda se mostrou válida, posto que não deveria caber ao legislador impor elementos do tipo penal dotados de incompatibilidade com preceitos constitucionais, tendo em vista que a vulnerabilidade revestida de uma presunção *juris et de jure* impossibilita o próprio contraditório. Seria, então, o novo parágrafo um aviltador de princípios constitucionais? Como fica o contraditório? E a ampla defesa?

Ademais, a questão da vulnerabilidade tida, agora, como absoluta vai aquém das discussões meramente doutrinárias ou jurisprudenciais. Veja, o labor legislativo deve pautar-se na sociedade da qual regula, ou seja, deve-se criar leis mantendo-se em vista a realidade sociocultural do Brasil.

Ainda, houve a análise de toda a questão sob o viés psicológico, isto é, como as ciências médicas lidam com o adolescente e esse período, passando pela análise da sexualidade em si considerada e da sexualidade na vida dos adolescentes.

Assim sendo, teria a Lei n.º 13.718/2018, ao acrescentar o § 5º ao artigo 217-A, do Código Penal, embebido-se numa inadequação social? A lei acabou por pautar-se num paternalismo jurídico e, por consequência, restou-se alheia à

sociedade? Ou teria ela apenas tutelado de forma efetiva a dignidade sexual das pessoas?

Foi-se utilizado o método dedutivo, haja vista ser imprescindível a pesquisa de teses doutrinárias, averiguações no Código Penal brasileiro, a análise de Resoluções Normativas, Jurisprudências dos Tribunais, Artigos Científicos, Revistas Jurídicas e entre outras fontes.

Então, as questões aqui levantadas foram solucionadas através da aplicação do método dedutivo, perpassando pela análise da realidade sociocultural do Brasil, estudando-se o crime de estupro de vulnerável, interpretando, ainda, o ordenamento jurídico em face da nova mudança, assim como analisou-se o período da adolescência e as questões psicológicas do adolescente para, ao fim, desembocar na conclusão que apontou a solução dos problemas suscitados.

2 REALIDADE SOCIOCULTURAL BRASILEIRA E A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL

É cediço que o ordenamento jurídico, o direito em si, deve deslocar-se conjuntamente com a evolução da sociedade. Ora, se a principal função do direito é a resolução de conflitos e, também, a estruturação e organização social, inadequado seria se ele se mostrasse alheio a sociedade que regula, desvinculando-se da marcha evolutiva social e, portanto, restando-se retrógrado.

Corroborando com tal ideia, Antônio Luiz Machado Neto¹ diz:

Norma social que é, o direito não surge à toa na sociedade, mas para satisfazer as imprescindíveis urgências da vida. Ele é fruto das necessidades sociais e existe para satisfazê-las, evitando, assim a desorganização.

Posto isso, é inexorável o fato de que a sociedade contemporânea evoluiu demasiadamente nos últimos anos em diversas áreas, não estando a sexualidade fora desses avanços. Assim, percebe-se que o que se tem como adequado, ou, até, moralmente correto sofreu mudanças, estas que são vistas por uns como evolução e, para outros, os mais conservadores ou ortodoxos, como um retrocesso.

A sexualidade se mostra algo tão inerente ao ser humano que não houve como o direito deixá-la fora de suas diretrizes. No entanto, há uma eterna discussão acerca daquilo que a sociedade aceita como moralmente adequado para que haja uma harmonia entre os indivíduos, esta que fica a cargo do direito manter, estipulando, portanto, quais as condutas que não devem ser praticadas (as ilícitas).

A tutela da dignidade sexual não deve se bastar nas ideias dos legisladores ou dos posicionamentos majoritários na doutrina e jurisprudência, mas sim no contexto social.

Atualmente, os jovens estão a iniciar suas vidas sexuais muito antes do que antigamente iniciavam. Uma pesquisa realizada pelo Projeto Sexualidade (ProSex) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP), apontou que os adolescentes iniciam suas

¹NETO, Antônio Luiz Machado. **Sociologia Jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 412.

atividades sexuais na faixa etária entre os 13 (treze) e os 17 (dezesete) anos de idade².

Ademais, temos, hoje, um amplo acesso à informação, haja vista o fácil acesso aos meios de comunicação existentes, como, por exemplo, a internet. Então, com o desenvolvimento tecnológico, os jovens se mostram literalmente a poucos cliques de distância do acesso à informações de cunho sexual, não esquecendo, ainda, que a sexualidade é abordada nas escolas como meio preventivo e educacional.

Como a sexualidade é tratada também nas escolas como dito acima, faz-se importante destacar a fala de Alessandro Baratta³:

El carácter complementario de las funciones ejercidas por el sistema escolar y por el penal responde a la exigencia de reproducir y asegurar las relaciones sociales existentes, esto es, de conservar la realidad social. Esta realidad se manifiesta con una distribución desigual de los recursos y de los beneficios, en correspondencia con una estratificación en cuyo fondo la sociedad capitalista desarrolla zonas consistentes de subdesarrollo y de marginación⁴.

Assim, constata-se a função não só do direito penal, mas sim do direito como um todo, de estar em consonância com a realidade social.

Desta forma, em face do fácil acesso às informações, percebe-se que o jovem, em tese, ainda que menor de 14 anos, possui conhecimento adequado para construir uma cognição até exauriente a respeito do sexo, podendo, inclusive, refutar qualquer proposta de prática sexual imposta por alguém, ou seja, já são autossuficientes quanto ao tema, sabem sobre sua sexualidade e, portanto, podem consentir ou não com os atos, haja vista terem noção sobre a disponibilidade de seus próprios corpos; não seres vulneráveis como aponta a lei.

Sabe-se que a internet é, com ressalva da expressão, uma enciclopédia, sendo abarrotada de informações, não estando de fora as informações sexuais. De acordo com o CGI, Comitê Gestor da Internet no Brasil, em 2017, 25 milhões de

²GOMES, Viviane. **Pesquisa da USP revela que o jovem inicia cedo a vida sexual**. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/pesquisa-da-usp-revela-que-o-jovem-inicia-cedo-a-vida-sexual/>. Acesso em: 05 mar. 2019, s. p.

³BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica y Crítica al Derecho Penal**. Buenos Aires, República Argentina: Siglo veintiuno editores Argentina s.a., 2002, p. 179.

⁴Tradução: A natureza complementar das funções exercidas pelo sistema escolar e pelo criminoso responde à exigência de reproduzir e garantir as relações sociais existentes, ou seja, preservar a realidade social. Essa realidade se manifesta como uma distribuição desigual de recursos e benefícios, em correspondência com uma estratificação em cujo contexto a sociedade capitalista desenvolve áreas consistentes de subdesenvolvimento e marginalização.

crianças, entre 9 e 17 anos, tiveram acesso à internet, e mais de 90% disseram visualizar conteúdo no celular e, mais de 70% afirmou utilizar mais de uma vez por dia⁵.

Corroborando com tal premissa, um dos integrantes do grupo de pesquisadores multidisciplinar do “The social cost of pornography: A statement of findings and recommendations⁶”, afirmou que: “A presença da pornografia na vida de muitos meninos e meninas adolescentes é muito mais significativa do que a maioria dos adultos acha”⁷.

Apesar dos malefícios observados na mesma pesquisa sobre a presença da pornografia na vida dos adolescentes, inegável se faz que, além do acesso às informações, ainda há um universo virtual de sexo explícito, do qual os adolescentes adentram sem maiores obstáculos; tem-se contato e aprende-se sobre a sexualidade de forma muito precoce.

Portanto, a vulnerabilidade para o Direito Penal não deve ser observada com meros fatores objetivos. Deve haver a devida observância da realidade sociocultural do país, até porque não pode a persecução penal estatal servir como meio de proibir os indivíduos de praticarem atos que, essencialmente, não são ilícitos, mas por serem tidos como imorais aos olhos do legislativo foram elencados como crime.

Invoca-se o Habeas Corpus nº. 73.662-9, de 1996, destacando a fala do Relator Ministro Marco Aurélio⁸ com o intuito de dar base a premissa deste trabalho:

Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já cona com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possua escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o

⁵REDAÇÃO E-COMMERCE BRASIL. **Crianças do Brasil passam 50% mais tempo na internet do que a média global**. <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/criancas-do-brasil-passam-50-de-tempo-mais-na-internet-do-que-media-global/>. Acesso em: 31 mar. 2019, s. p.

⁶Em nosso vernáculo, o estudo chamar-se-ia “O custo social da pornografia: Uma declaração de descobertas e recomendações”.

⁷LAYDEN, Mary ANNE. **The social cost of pornography: A statement of findings and recommendations**. Disponível em: <https://cleofas.com.br/prejuizos-da-pornografia-para-a-juventude/>. Acesso em: 31 mar. 2019, s. p.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 73662 MG**. Relator: MARCO AURÉLIO, Partes: MARCIO LUIZ DE CARVALHO E OUTROS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Ementa: ESTUPRO – CONFIGURAÇÃO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE DA VÍTIMA – NATUREZA [...]. Data de julgamento: 21 mai. 1996, Segunda Turma, data de publicação: DJ 20 set. 1996 PP-34535 EMENT Vol. – 01842-02 PP-00310 RTJ Vol-00163-03 PP-01028. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg>. Acesso em: 28 out. 2019.

massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.

Assim, a tutela da dignidade sexual deve ser observada sob o viés de permitir que os indivíduos sejam livres para dela aproveitá-la, devendo haver interferência do Estado apenas nos casos onde há verdadeiramente um ilícito, e não uma conduta tida como moralmente inadequada; há de separar, nesse caso, a moral do direito, adequando este à evolução social.

2.1 Sexualidade na Sociedade: Uma Análise Histórica

Ao tratar sobre a sociedade, ainda mais sob a perspectiva de um determinado tópico, resta-se a dúvida sobre a evolução social referente a tal assunto. Isto é, sempre foi taxado da forma que hoje taxam?

Veja, a sexualidade na vida cotidiana sempre teve em si uma certa censura? Foucault⁹ diz que:

[...] no início do século XVII ainda vigorava uma certa franqueza. As práticas não procuravam o segredo; as palavras eram ditas sem reticência excessiva e, as coisas, sem demasiado disfarce; tinha-se com o ilícito uma tolerante familiaridade. Eram frouxos os códigos da grosseria, da obscenidade, da decência, se comparados com os do século XIX. Gestos diretos, discursos sem vergonha, transgressões visíveis, anatomias mostradas e facilmente misturadas, crianças astutas vagando, sem incômodo nem escândalo, entre os risos dos adultos: os corpos "pavoneavam".

Constata-se, por conseguinte, que, em tempos de outrora, não havia o pudor da forma como hoje é constituída e arraigada nos indivíduos, sendo a repressão das crianças tida como a famigerada "proteção" das mazelas da vida adulta ou da própria sociedade *per se*.

Nesse diapasão, Foucault¹⁰ também aponta que:

As crianças, por exemplo, sabe-se muito bem que não têm sexo: boa razão para interditá-lo, razão para proibi-las de falarem dele, razão para fechar os olhos e tapar os ouvidos onde quer que venham a manifestá-lo, razão para impor um silêncio geral e aplicado. Isso seria próprio da repressão e é o que a distingue das interdições mantidas pela simples lei penal: a repressão

⁹FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988, p. 08.

¹⁰FOUCAULT, Michel. Op. Cit. 1988, p. 09.

funciona, decerto, como condenação ao desaparecimento, mas também como injunção ao silêncio, afirmação de inexistência e, conseqüentemente, constatação de que, em tudo isso, não há nada para dizer, nem para ver, nem para saber. Assim marcharia, com sua lógica capenga, a hipocrisia de nossas sociedades burguesas.

Percebe-se, então, que toda a prática da sociedade em censurar e reprimir a sexualidade num contexto social se comporta como a mais pura hipocrisia, haja vista que todo ser é sexual e, por óbvio, fora dos ambientes mais públicos, mantém suas relações sem qualquer pudor, porém este mesmo ser firma e afirma repressões àqueles que julgar indivíduos “sem sexo”.

Ademais, essa repressão poderia ter um fulcro mais complexo que a pura hipocrisia, pois de acordo com Foucault¹¹:

Existe, talvez, uma outra razão que torna para nós tão gratificante formular em termos de repressão as relações do sexo e do poder: é o que se poderia chamar o benefício do locutor. Se o sexo é reprimido, isto é, fadado à proibição, à inexistência e ao mutismo, o simples fato de falar dele e de sua repressão possui como que um ar de transgressão deliberada.

O benefício do locutor pode ser entendido como, talvez, a condescendência daquele que se porta num patamar superior, analisando aqueles que entender seres a serem reprimidos sexualmente e, nessa dinâmica deturpada com coloridos de hipocrisia, o locutor beneficia-se de sua falsa moralidade e, ainda, dentro de suas privacidades, poderia deleitar-se de suas depravações.

Apesar dessa análise histórica, não é possível declarar com exatidão que apenas a construção histórica dos novos conceitos e panoramas da sexualidade tornaram-se meios de repressão ou algo do gênero. Assim nos diz Foucault¹²:

É necessário deixar bem claro: não pretendo afirmar que o sexo não tenha sido proibido, bloqueado, mascarado ou desconhecido desde a época clássica; nem mesmo afirmo que a partir daí ele o tenha sido menos do que antes. Não digo que a interdição do sexo é uma ilusão; e sim que a ilusão está em fazer dessa interdição o elemento fundamental e constituinte a partir do qual se poderia escrever a história do que foi dito do sexo a partir da Idade Moderna. Todos esses elementos negativos — proibições, recusas, censuras, negações — que a hipótese repressiva agrupa num grande mecanismo central destinado a dizer não, sem dúvida, são somente peças que têm uma função local e tática numa colocação discursiva, numa técnica de poder, numa vontade de saber que estão longe de se reduzirem a isso.

¹¹FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988, p. 11.

¹²FOUCAULT, Michel. Op. Cit. 1988, p. 16.

Talvez, o que se percebe hoje não é uma repressão da sexualidade em si considerada, mas sim sobre questões socialmente aceitas, ainda mais quanto das práticas de afeto em público. Contudo, é perceptível que, ao menos do ponto de vista legislativo, há uma grande inclinação à repressão da sexualidade dos jovens, posto que há uma presunção absoluta quanto à sua vulnerabilidade.

Teria sido a perspectiva do legislador pautada numa repressão ou mera proteção? Tal questão ainda será tratada no presente trabalho.

2.2 Breve Resumo Histórico do Estupro na Legislação Pátria

Apesar da problemática do presente trabalho não se pautar numa análise histórica propriamente dita, ainda assim relevante é ter um mínimo de escopo histórico, analisando, portanto, apenas no âmbito nacional como a lei penal atual dispõe sobre o estupro e/ou crimes sexuais e como as leis antigas tratavam sobre o assunto.

Cediço é que as relações sexuais realmente fazem parte da rotina do ser humano e, devido a ser uma necessidade a ele inerente, o legislador sempre soube que teria de regulamentar determinadas questões sexuais, principalmente em face de um abuso da liberdade sexual, em face de um crime.

Ainda na época do Império, na data de 16 de dezembro de 1830, Dom Pedro I sancionou o Código Criminal do Império, este que já trazia um esboço, um início, sobre o tratamento penal em relação ao estupro.

Em relação ao código acima citado, Prado¹³ aponta:

O Código Criminal do Império de 1830 elencou vários delitos sexuais sobre a rubrica genérica estupro. A doutrina da época, todavia, repudiou tal técnica de redação. O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222, cominando-lhe pena de prisão de três a doze anos mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão.

Percebe-se, então, que, apesar de dispor sobre os delitos sexuais, houve uma falha grosseira do legislador, haja vista que este, na época, apenas criou um tipo penal de forma genérica, sem atender, por conseguinte, aos vários delitos

¹³PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte especial: arts. 184 a 288. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.3, p. 194-195.

sexuais de forma a atender às peculiaridades de cada um. Ainda, como se já não bastasse a previsão genérica, havia uma clara violação ao tratamento igualitário, posto que se uma prostituta constituísse o polo passivo do delito, estar-se-ia diante de uma diminuição desmedida da pena.

Posteriormente, o Código Penal Republicano de 1890 trazia em seu corpo, no Título VII, o crime de estupro, tipificando-o da seguinte forma¹⁴:

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

Pena - de prisão cellualar por um a seis annos.

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

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

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

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

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

Ora, num primeiro momento percebe-se que foi vencida a crítica quanto à generalidade dos delitos sexuais outrora previsto no Código Criminal do Império, contudo, sobreveio um outro problema: condicionar a ocorrência do delito a uma condição de cunho subjetivo, isto é, só haveria o delito de estupro caso a vítima fosse, na letra da lei, “honesta”. Ademais, a legislação ainda continuava a preceituar a diminuição da pena caso a vítima fosse uma prostituta.

Em 07 de dezembro 1940, sancionou-se o Decreto-lei n.º 2.848, o famigerado Código Penal. Desta vez, o legislador mostrou-se desapegado aos preceitos do direito anterior previsto nos códigos antecedentes. Agora, tem-se, de forma pormenorizada, diversos delitos sexuais tipificados de forma a atender suas especialidades e, acertadamente, abandonou a ideia de discriminar a vítima pautando-se na sua profissão, assim como deixou de lado a ideia do termo “mulher honesta”.

Com a Lei n.º 12.015, de 2009, houve uma grande e significativa mudança nos crimes sexuais, posto que, além de inserir em nosso ordenamento o crime com *nomen juris* “estupro de vulnerável” (objeto de estudo do presente trabalho), preconizou uma visão mais progressista ao açambarcar toda e qualquer

¹⁴BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.

vítima de estupro, independentemente do sexo ou reputação social, deixando de lado, portanto, aquele laço histórico em admitir apenas a mulher como vítima do crime.

Por fim, com a Lei n.º 13.718, de 2018, o legislador acabou por constituir, no crime de estupro de vulnerável, uma vulnerabilidade absoluta, esta que ainda será estudada de forma mais extensiva.

2.3 Estupro no Brasil: Dados Alarmantes

Ainda na análise social do Brasil, há de enfrentar outros dados além da sexualidade em si dos adolescentes. Posto isso, apresenta-se dados de pesquisas realizadas no país sobre o estupro.

De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), a “cada 11 minutos uma mulher é estuprada no Brasil”¹⁵. Cuida-se de um dado completamente alarmante, haja vista que em um curto espaço de tempo há mulheres em todo o Brasil sendo vítimas de um crime execrável como o estupro.

Ademais, a pesquisa de Marina Milhassi Vedovato, citada por Lu Sudré, aponta que¹⁶:

Podemos identificar a violência de gênero desde suas expressões mais sutis no cotidiano, como as “cantadas” ouvidas pelas mulheres nos espaços públicos, a objetificação de seus corpos, a ausência de mulheres ocupando espaços de poder até ações de extrema violência como nos casos de violência sexual, física e nos casos de feminicídios.

Nessa fala de Vedovato, salienta-se que a violência de gênero pode vir a iniciar-se com atitudes menos agressivas, pois, como dito pela pesquisadora, as famigeradas “cantadas” já poderiam ser classificadas como uma violação da esfera pessoal e, por conseguinte, da esfera sexual da mulher, posto que a objetificação cuida-se de um ato ofensivo.

Outrossim, pode vir a revelar-se uma forma de “iniciação” do indivíduo em um ambiente de desrespeito, pois se lhe é comum ou não inadequado proferir determinadas falas pautadas em objetificação para mulheres, percebe-se, desde já,

¹⁵SUDRÉ, Lu. **Pesquisas realizadas entre jovens indicam que a cultura do machismo e a violência contra a mulher no Brasil podem ser diminuídas por meio de processos educativos**. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/edicao-atual-entreteses/item/2590-um-estupro-a-cada-11-minutos>. Acesso em: 18 out 2019, s. p.

¹⁶VEDOVATO, Marina Milhassi citada por SANDRÉ, Lu. Op. Cit. Acesso em: 18 out. 2019, s. p.

que este não possui um discernimento mais aprofundado quanto ao respeito da vida pessoal e sexual de outrem.

Veja, não que o indivíduo que faz as “cantadas” seja um estuprador, mas sim que este já se demonstra numa posição de desrespeito perante outrem, não sendo de extrema dificuldade a possibilidade de traçar uma linha entre o seu pensamento de dominância ou superioridade, este que, por ventura, poderia levá-lo a praticar atos mais graves.

Como poderia, então, evitar problemas referentes à gênero e ao respeito sexual? Dentre muitas medidas cabíveis, uma delas é a própria educação, como será dito ainda no presente trabalho. Ademais, a pesquisa de Marina Milhassi Vedovato possui uma ideia principal que responde bem essa pergunta¹⁷:

A ideia principal do estudo foi incentivar o protagonismo juvenil para que os adolescentes pudessem atuar no enfrentamento da violência de gênero dentro e fora da escola, promovendo um processo de desnaturalização da desigualdade de gênero. A pesquisa foi baseada em metodologia participativa fundamentada em vivências, técnicas lúdicas, dinâmicas de grupos e recursos audiovisuais que fomentaram a discussão de gênero sob a forma de oficinas.

Agora, adentrando mais no campo do estupro de vulnerável em si, destaca-se a seguinte pesquisa¹⁸:

Levantamento do Ipea, feito com base nos dados de 2011 do Sistema de Informações de Agravos de Notificação do Ministério da Saúde (Sinan), mostrou que **70% das vítimas de estupro no Brasil são crianças e adolescentes**. Em metade das ocorrências envolvendo menores, há um histórico de estupros anteriores. Além disso, a proporção de ocorrências com mais de um agressor é maior quando a vítima é adolescente e menor quando ela é criança. Cerca de 15% dos estupros registrados no sistema do Ministério da Saúde envolveram dois ou mais agressores. "As consequências, em termos psicológicos, para esses garotos e garotas são devastadoras, uma vez que o processo de formação da autoestima - que se dá exatamente nessa fase - estará comprometido, ocasionando inúmeras vicissitudes nos relacionamentos sociais desses indivíduos", aponta a pesquisa. (grifo nosso)

¹⁷SUDRÉ, Lu. **Pesquisas realizadas entre jovens indicam que a cultura do machismo e a violência contra a mulher no Brasil podem ser diminuídas por meio de processos educativos**. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/educacao-atual-entreteses/item/2590-um-estupro-a-cada-11-minutos>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁸BBC. **70% das vítimas são crianças e adolescentes**: oito dados sobre estupro no Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054>. Acesso em: 18 out. 2019.

Outro dado completamente perturbador, posto que mais da metade das vítimas de estupro cuidam-se de crianças e adolescentes. Surge, portanto, a seguinte pergunta: ao tratar a vulnerabilidade como elemento relativo, ter-se-ia uma diminuição no caso de estupros contra crianças e adolescentes?

Trata-se de uma pergunta de grande complexidade, haja vista que os dados colhidos pelas pesquisas não demonstram se houve ou não consentimento das crianças e dos adolescentes, portanto, num primeiro momento, não é possível coligir que haveria uma diminuição. Contudo, é possível afirmar que nos casos onde houve um consentimento adequado e inequívoco, dentre outros fatores, ter-se-ia um fato atípico se adotada a vulnerabilidade relativa.

Percebe-se, até agora, que as pesquisas e textos pautam-se numa linha de violência de gênero, tendo como o agente a praticar um ilícito e a vítima uma mulher. Porém, é realmente sempre assim? Via de regra, o crime de estupro é subnotificado, isto é, a vítima tem tendências a se calar devido à própria dinâmica do delito e também de seus fatos pessoais, suas idiosincrasias.

Nesse diapasão, o mesmo levantamento do Ipea aponta que¹⁹:

O crime, em geral, é subnotificado, mas, **quando a vítima é do sexo masculino, o silêncio tende a ser maior**. Um estudo feito nos Estados Unidos revelou recentemente que um em cada seis homens sofreu algum tipo de abuso antes dos 16 anos no país. No Brasil, há poucos dados sobre o assunto, mas o Disque Denúncia (o Disque 100, serviço nacional de denúncia de abuso e exploração sexual contra crianças e adolescentes) registrou em 2014 uma média diária de 13 denúncias de abusos de meninos. O número ainda representa menos de 30% dos casos com meninas, mas de acordo com especialistas, também é alarmante. "O número de meninos abusados é bastante subnotificado, e isso se deve à nossa cultura. O caso de meninos assediados não vem à tona por conta do constrangimento em assumir que eles passaram por isso", disse à BBC Irene Pires Antonio, psicóloga judiciária da Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (grifo nosso)

Com tais dados, percebe-se que aquela percepção da sociedade de que apenas mulheres são suscetíveis de tais crimes é uma falácia: qualquer pessoa, independentemente de seu sexo pode vir a se tornar uma vítima de qualquer crime, inclusive de um crime sexual.

Dessarte, como já mencionado acima, as vítimas de crimes sexuais podem vir a sofrer da síndrome do silêncio e que, inclusive, quando a vítima do crime

¹⁹BBC. **70% das vítimas são crianças e adolescentes**: oito dados sobre estupro no Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054>. Acesso em: 18 out. 2019, s. p.

sexual for do sexo masculino, o silêncio tende a ser maior, posto que a sociedade tende a enxergar apenas a mulher como uma “vítima adequada” de tal crime ou que, talvez, um homem não poderia vir a ser molestado. Contudo, nada impede que um homem ou uma mulher violentem alguém do sexo masculino.

Assim sendo, há de se desligar de quaisquer preconceitos sobre a vítima dos crimes sexuais, devendo ter em mente que qualquer um pode configurar o polo ativo ou o polo passivo, não tornando o crime mais ou menos punível ou execrável.

2.4 O Acusado no Crime de Estupro

Ao estudar os delitos sexuais, sempre há um foco predominante sob o aspecto e perspectiva da vítima, isto é, desde o momento da denúncia ou simples relato do ocorrido pela vítima, já se tem o acusado como realmente culpado de ter praticado o fato outrora narrado.

Veja, não é o foco em momento algum tentar descriminalizar o ocorrido ou não defender a vítima, dando a ela todo o amparo necessário para passar por um momento tão traumático. Contudo, há de se ter em mente que nem todas as acusações, desimportando qual o crime imputado, são realmente dotadas de veracidade.

Sobre tal questão, Aphonso Vinicius Garbin diz que²⁰:

O crime de estupro de vulnerável, que abrange além da conjunção carnal, outros atos libidinosos diversos, em certas conjecturas, é ainda mais carente de prova, posto que não necessariamente restarão vestígios das ações lascivas.

Diante deste panorama, **a palavra da vítima ganha especial relevo, eis que, não raros casos, é a prova da ocorrência do delito.** A jurisprudência pátria, inclusive, não veda a condenação baseada na palavra da vítima como prova, contudo ela deve estar alinhada com outros elementos e indícios coligidos nos processos. (grifo nosso)

Dessarte, ao ter-se apenas a fala da suposta vítima e, ao adotá-la como lastro probatório firme que indique a autoria e materialidade da infração penal, estar-se-ia criando uma aberração jurídica, haja vista ferir o princípio do contraditório, pois, nesse caso, a arma de igual valor para rebater seria a fala do acusado, esta que,

²⁰GARBIN, Aphonso Vinicius. **Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos da condenação.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao/>. Acesso em: 18 out. 2019, s. p.

provavelmente, irá se contrapor a fala da vítima e, não havendo paridade de armas, constatar-se-ia de forma clara a maior valorização do testemunho da suposta vítima.

Ainda, “a questão que nos afeta são os riscos que se assume ao tomar tal providência, não raro estampam as manchetes dos folhetins casos em que inocentes, condenados e indiciados por estes crimes, são presos indevidamente, linchados ou até mesmo assassinados pela população ou parentes [...]”²¹.

Isso se dá porque²²:

A sociedade limita e delimita a capacidade de ação de um sujeito estigmatizado, marca-o como desacreditado e determina os efeitos maléficos que pode representar. **Quanto mais visível for a marca, menos possibilidade tem o sujeito de reverter**, nas suas inter-relações, a imagem formada anteriormente pelo padrão social. (grifo nosso)

Afirma-se, mais uma vez, que não há qualquer intenção em criar óbice à proteção das vítimas, muito menos construir barreiras para que estas busquem o amparo do Estado perante um ato vil como o estupro. Porém, deve-se deixar claro que qualquer denúncia traz consigo inúmeras consequências, tanto para a vítima quanto para o acusado e, ao tratar-se de crimes sexuais, o acusado percebe consequências que vão desde a perda de sua confiança e respeito perante à sociedade e familiares, até a sua própria morte, posto que não é incomum pessoas praticarem a “justiça com a próprias mãos”.

Assim sendo, há de se elevar o princípio da presunção da inocência estampado em nossa carta constitucional e, ainda, evitar a prática de atos vingativos ou pautados num sentimento de “fazer justiça”, posto que cabe ao Estado-juiz analisar os fatos e, por meio de um processo, declarar sua autoria e, por consequência, condená-lo, ou absolvê-lo.

Enfrentado isso, resta-se claro que não cabe a população buscar os meios que achar adequados para proclamar a justiça, muito menos taxar, de imediato, alguém como realmente culpado, devendo aguardar o resultado dos meios legais e, nesse meio tempo, proporcionar um ambiente seguro para a vítima, atribuindo a ela todo o amparo necessário.

²¹GARBIN, Aphonso Vinicius. **Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos da condenação**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao/>. Acesso em: 18 out. 2019, s. p.

²²DE MELO, Zélia Maria citado por GARBIN, Aphonso Vinicius. **Os estigmas: a deterioração da identidade social**. PROEX, 2005. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao/>. Acesso em: 18 out. 2019, p. 03.

2.5 O Estupro de Vulnerável nos Estados Unidos

Ao tratar-se de crimes, há um outro ponto que paira como dúvida: e em outros países, em outras realidades, tal ato também é tido como um ilícito penal?

Pois bem, partindo desse pressuposto, far-se-á, agora, um pequeno estudo sobre o crime de estupro de vulnerável de acordo com as leis e preceitos estadunidenses.

Num primeiro momento, faz-se adequado ter-se a definição do estupro de vulnerável nos Estados Unidos, este que, aliás, recebe o nome de “estupro estatutário”. Vejamos²³:

Statutory rape is a crime that involves sexual contact with a person who is under an age specified by law, commonly referred to as the “age of consent.” Most states no longer refer to this crime as statutory rape. The legal term for the crime varies from state to state and includes sexual intercourse with a minor, sexual assault of a child, criminal sexual penetration of a minor or a child under a certain age, and sexual abuse of a minor²⁴.

Assim, percebe-se que a legislação estadunidense também adota uma idade para ter-se de base para a idade tida como adequada para que o indivíduo tenha relações sexuais onde o seu consentimento é classificado como válido.

Dessarte, percebe-se que, devido à própria organização dos Estados Unidos quanto às suas leis, cada estado que integra o país pode legislar de forma distinta sobre crimes. Assim sendo, cada estado pode, então, adotar uma idade diferente ou condutas diferentes para que haja o crime de estupro estatutário.

Nesse aspecto, Lauren Baldwin²⁵ diz que:

Statutory rape is based on the notion that a person under a certain age cannot consent to sexual contact or activity because he or she lacks the maturity or judgement necessary to make a knowing choice about sexual activity. This is a strict liability or statutory crime because the underage person’s consent is irrelevant and the intentions of the defendant and what they believed about

²³BALDWIN, Lauren. **Statutory Rape Laws and Charges**. Disponível em: <https://www.criminaldefenselawyer.com/resources/criminal-defense/sex-crimes/statutory-rape-charges-punishment-defense>. Acesso em: 03 out. 2019, s. p.

²⁴Tradução: Estupro estatutário é um crime que envolve o contato sexual com uma pessoa de idade inferior a uma determinada em lei, sendo comumente denominada de “idade do consentimento”. Grande parte dos estados não mais se referem a tal crime como estupro estatutário. O termo legal para esse crime varia de estado para estado e pode incluir a relação sexual com o menor, agressão sexual de criança, penetração sexual criminosa de um menor ou de uma criança menor que uma determinada idade e abuso sexual de menor.

²⁵BALDWIN, Lauren. Op. Cit. 2019, s. p.

*the age of the other person usually do not matter. Even when no force is involved and the sex appears consensual, the act of having sex with a person under the age of consent is a crime solely because of that person's age*²⁶.

Há, portanto, uma certa similaridade com a legislação pátria, posto que no Brasil também há uma idade do consentimento, sendo esta, aqui, de 14 anos e, ainda, possuímos a figura da presunção de vulnerabilidade. Ademais, os Estados Unidos parecem se pautar numa vulnerabilidade absoluta, sendo tão somente necessário a averiguação da idade da vítima para a configuração do crime, independentemente de outros fatores.

Por fim, importante se faz destacar que se no ato sexual houver emprego de força ou coerção de algum tipo, ter-se-á crime distinto do estupro estatutário, sendo, por conseguinte, aplicada uma outra lei, podendo ter estupro agravado ou crime de má conduta sexual, dependendo, então, das leis do local onde o crime foi cometido e das circunstâncias do delito.

2.5.1 Análise fílmica do estupro estatutário

De início, há de salientar que a análise fílmica deve ser tida como um recurso, um meio, metodológico para o presente trabalho, haja vista que, de certa forma, nas produções fílmicas encontram-se diversas retratações da vida cotidiana, de aspectos reais. Posto isso, destaca-se, então, a fala de Giovanni Alves²⁷: “Através da análise da forma e do sentido do filme, procura-se apreender sugestões heurísticas interessantes capazes de propiciar uma consciência crítica da sociedade global”.

Portanto, pautando-se nessa ideia, far-se-á uma análise fílmica da série de televisão denominada de *Californication*²⁸. No 10º episódio da 4ª temporada da série, o personagem principal, Hank Moody, é submetido a um julgamento, posto que foi acusado de ter cometido o crime de estupro estatutário.

²⁶Tradução: Estupro estatutário é baseado numa noção de que a pessoa abaixo de uma determinada idade não possui capacidade para consentir com o ato sexual porque ela é destituída de maturidade ou julgamento necessário para saber de sua escolha sobre a atividade sexual. [...] o consentimento da pessoa menor de idade é irrelevante [...]. Até mesmo quando não há emprego de força e o ato sexual aparente ser consensual, o ato de ter sexo com pessoa de idade inferior à idade do consentimento é um crime devido ao fato da idade daquela pessoa.

²⁷ALVES, Giovanni. **Tela Crítica - A metodologia**. São Paulo: Práxis, 2010, s. p.

²⁸Sinopse: *Californication* conta a história de Hank Moody (David Duchovny), um escritor nova-iorquino bem-sucedido que passa a viver em Los Angeles quando começa a sofrer por uma grande crise de falta de inspiração e ao mesmo tempo tenta reconquistar o amor de sua vida [...]. Disponível em: <http://www.adorocinema.com/series/serie-3376/>. Acesso em: 03 out. 2019, s. p.

No que pese estar analisando uma obra da ficção, o que é narrado na obra acentua bem uma questão de grande relevância que é tratada neste trabalho. Isto é, ao ter-se a utilização de um preceito absoluto no âmbito penal, ter-se-á, por consequência, uma aplicação esquizofrênica da lei, posto que acaba por punir indivíduos que, na essência, em momento algum possuíam o intento de praticar algum ilícito.

Veja, a cena retratada no tribunal possuiu um momento marcante onde a suposta vítima do estupro estatutário disse que estava à procura de um “problema”, tendo encontrado este problema ao se deparar com o personagem principal, o Hank Moody. Ademais, Mia Lewis, a vítima na série de televisão, chegou a afirmar que Hank Moody não sabia sua idade, esta que não foi dita pela vítima em momento algum e, ainda, que não houve qualquer vício no consentimento ou emprego de força.

Apesar da própria vítima afirmar que não houve um estupro, haja vista que foi ela quem o procurou e que, inclusive, queria praticar o ato sexual, o personagem Hank Moody foi condenado pela prática do estupro estatutário.

Ora, percebe-se, então, que a análise de diversos fatores que circundam o delito foi deixada de lado, tendo, de certa forma, um julgamento simulado, posto que mesmo com provas e indícios de que não houve qualquer violação na esfera sexual de Mia Lewis, o fato de ter idade inferior à idade de consentimento bastou para a configuração do delito.

Assim, sob uma perspectiva mais crítica até sobre um acontecimento numa série de televisão, faz-se possível constatar as possíveis injustiças oriundas de uma presunção absoluta e, ainda, a criação de barreiras no âmbito pessoal do indivíduo tido como vulnerável de se relacionar com outrem de idade superior.

3 DO PERÍODO DA ADOLESCÊNCIA E A SEXUALIDADE

Passar-se-á, agora, por um estudo alienígena ao mundo jurídico em si considerado. Ora, estar-se-á adentrando num campo mais atinente às áreas médicas, haja vista mostrar-se de suma importância a análise do adolescente e o período tido como adolescência sob outro aspecto que não o legal.

Veja, uma das grandes críticas elencadas em face dos indivíduos que praticam as atividades jurídicas é a de que estes mostram-se alheios a outros assuntos, a outras áreas e tópicos da vida.

Pois bem, visando atender a tal crítica e, em nome da multidisciplinaridade (esta que é inerente ao direito em si), far-se-á, nos tópicos que se seguem, um estudo sobre a adolescência e a sexualidade dos adolescentes.

3.1 Conceito e Etimologia da Palavra Adolescência

De início, interessante é explicar o que vem a ser a adolescência *per se*. Sabe-se que, assim como na área das ciências jurídicas, na área das ciências médicas não há um consenso sobre o conceito em si e que, também, há diversas acepções e elas vão mudando com o passar do tempo.

Quanto à etimologia da palavra adolescência, há de se analisar algumas palavras oriundas do latim, a saber: *ad* (a, para) e *olescer* (crescer) e, ainda, também a palavra latina *adolescere*, esta que, de forma até jocosa, é a que deu origem à palavra adoecer em nosso vernáculo.

Tem-se Stanley Hall como o primeiro psicólogo a enfrentar o assunto de maneira mais assertiva e adequada, destacando, então, toda essa fase evolutiva que o ser humano tem de passar em seu desenvolvimento. De acordo com Muus²⁹, Sprinthall e Collins³⁰, Hall defendia a tese de que o período denominado de adolescência é caracterizado por um novo nascimento, marcado por mudanças significativas que culminam numa nova personalidade; nascimento de um novo indivíduo por assim dizer.

²⁹MUUSS, Rolf. **Teorias da adolescência**. Interlivros. Belo Horizonte, 1976, s. p.

³⁰SPRINTHALL, N. & COLLINS, A. W. **Psicologia do Adolescentes**: Uma abordagem desenvolvimentista. Lisboa. Fundação Calouste Goulbenkian, 1994, s. p.

Atualmente, tem-se uma outra visão sobre a adolescência, vindo ela a ser interpretada e conceituada não apenas como uma fase do desenvolvimento do ser humano, mas também como sendo constituída de grandes renovações e transformações, assim como repleta de conflitos internos (e até externos). Vejamos, portanto, o que Shaffer³¹ tem como conceito de adolescência:

A adolescência é atualmente entendida como uma etapa de desenvolvimento marcada por drásticas mudanças, tanto a nível físico, como a nível cognitivo e social. Considera-se que se inicia por volta dos 10 anos de idade e termina por volta dos 19 anos.

Assim sendo, a adolescência cuida-se de uma etapa muito mais complexa do que costumeiramente pensamos, devendo, portanto, ser estudada e analisada com outro olhar, possibilitando, por conseguinte, uma melhor análise do tema abordado no presente trabalho.

3.2 Conceito Legal de Adolescente

Por cuidar-se de uma pesquisa predominantemente jurídica, há de se enfrentar o que nosso ordenamento jurídico conceitua como adolescente. Assim sendo, tem-se de ser analisado o artigo 2º, *in fine*, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Percebe-se, portanto, que o conceito legal de adolescente se pauta tão somente num fator cronológico, sem açambarcar, por conseguinte, demais fatores como os expostos no tópico antecedente.

Ainda, apesar de não ser um conceito legal em sentido estrito, há o que a Organização Mundial da Saúde (OMS) nos aponta como adolescente: adolescência trata-se do período que consiste na segunda década de vida do indivíduo (dos 10 aos 19 anos, portanto).

³¹SHAFFER, David R. **Psicologia do Desenvolvimento: Infância e Adolescência**. 6. ed., Thomson. São Paulo – Brasil, 2005, s. p.

3.3 Da Sexualidade na Adolescência

Como já dito acima, a adolescência é marcada por diversas e significativas mudanças na vida do indivíduo que por ela passa. Dentre as modificações e novas descobertas, destaca-se que a identidade de sexo, assim como a questão da sexualidade do adolescente, começam, de forma gradual e nítida, a consolidarem-se.

Freud, de acordo com Taquette e Vilhena³², aponta que as crianças e os adolescentes exercem rudimentos de atividade sexual, apontando, inclusive, que já gozam de certa satisfação sexual quando, no âmago de suas vidas, começam a se alimentar e procuram, através do gesto conhecido como “sugar o polegar”, repetir a experiência que lhes é prazerosa.

Dentre as várias fases elencadas pelo famoso psicólogo, há uma que merece destaque: “tempestade da puberdade”, na qual, de acordo com textos do Ministério da Saúde³³, “[...] irrompem múltiplos, intensos e desenfreados desejos sexuais, importantíssimas transformações corporais que afetam profundamente o indivíduo em questão”.

A sexualidade não é um tópico novo no cotidiano de um adolescente. Isto é, muito provavelmente este já teve contato com tal assunto ou, até, teve relações mais íntimas em face de sua sexualidade agora aflorada. Ademais, a sexualidade não cuida-se apenas de uma das mudanças observadas na fase da adolescência, mas também é um aspecto inerente ao ser humano em si.

Sobre a sexualidade, Foucault³⁴ dizia que ela é um “dispositivo histórico”, este que se molda através dos inúmeros discursos sobre o sexo e a sexualidade. Assim, por consequência, tais discursos vão regulando, normatizando e instaurando

³²TAQUETTE, S. R. & VILHENA, M. M. **Homossexualidade e Adolescência. *Pediatria Atual***. v. 16, 2003, sp. Disponível em: http://www.nesa.uerj.br/download/HOMO_ADOL.pdf. Acesso em: 30. out. 2019.

³³BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Saúde do adolescente: competências e habilidades / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas.** – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, s. p.

³⁴FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber.** Tradução de Albuquerque MTC, Albuquerque JAG. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, s. p.

determinados saberes, estes que produzem determinadas “verdades”. Na mesma toada, Guacira Lopes Louro³⁵ afirma:

[...] a sexualidade permanece como alvo privilegiado da vigilância e do controle das sociedades. Ampliam-se e diversificam-se suas formas de regulação, multiplicam-se as instâncias e as instituições que se autorizam a ditar-lhe normas.

Seguindo, então, o pensamento de Foucault, percebe-se que a sociedade em si regulamenta as relações sociais dos indivíduos que nela integram, ou seja, os seres humanos, como entes sociais, moldam suas características, pensamentos e afins (sua personalidade) por intermédio da estrutura histórica, das instituições já firmadas e, ainda, por óbvio, dos demais agrupamentos sociais dos quais faz parte.

Constata-se, então, que a adolescência por si só se trata de uma etapa complicada e complexa, da mesma forma que o sexo e a sexualidade também se mostram, para eles, mais um problema a ser enfrentado, haja vista estarem vivenciando um novo panorama de sentimentos e desejos, pois estão sendo expostos à sexualidade humana, assim como estão conhecendo mais a si mesmos; os jovens são, também, seres sexuados, contudo sofrem com as “verdades” e barreiras oriundas da sociedade.

Dentro de um aspecto social e normativo, os adolescentes não são vistos como seres detentores de discernimento sobre suas vidas, quiçá no plano sexual. Corroborando com tal ideia, Ana Paula Portella³⁶ afirma:

[...] adolescentes e jovens não são reconhecidas socialmente como pessoas sexuadas, livres e autônomas, o que tem submetido-os a situações de vulnerabilidade, no plano pessoal, social e institucional, e a diversas interdições pessoais.

Tanto é verdadeira tal afirmação que essa tese é um dos grandes objetos deste presente trabalho. O legislador ao alterar o artigo 217-A, do Código Penal,

³⁵LOURO, Guacira Lopes. **Gênero e sexualidade:** pedagogias contemporâneas. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072008000200003/. Acesso em: 17 ago. 2019.

³⁶FERREIRA, V. & PORTELLA, A. P. **Marco teórico e referencial:** saúde sexual e saúde reprodutiva de adolescentes e jovens. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, p 92.

deixou de lado toda essa análise afora do mundo legal, não observou, por conseguinte, todo o aspecto psicológico e sociológico.

Reafirmando o que já foi dito, o adolescente é um ser sexuado, não sendo as práticas sexuais de exercício exclusivo dos adultos. O Estado, ao utilizar-se da lei para coibir práticas sexuais dos adolescentes, está apenas a criar impedimentos pautados num aspecto histórico e protecionista em demasia.

Na esteira da análise da adolescência sob a perspectiva social, destaca-se, por conseguinte, a fala de Rolf Oerter e Leo Montada³⁷:

[...] a adolescência e a juventude são fenômenos de forte caracterização cultural e suas definições estão intimamente ligadas à transformação da compreensão do desenvolvimento humano e também à transformação da forma como cada geração adulta define a si própria.

Por óbvio não poderia o Estado deixar de regulamentar os atos ilícitos e, por consequência, preservar e proteger os cidadãos. No entanto, sob a perspectiva psicológica, o sexo em si não é um ilícito, muito menos deveria sê-lo apenas por ser praticado por um adolescente; estar-se-ia deixando de lado muitos aspectos em nome da letra da lei.

Ao invés de impedi-los ou tornar a prática ilícita, deveria o Estado promover mais programas para orientar as crianças e os adolescentes sobre o sexo e a sexualidade. Sem esquecer do papel quintessencial que a família deve exercer ensinando e conversando com o adolescente sobre a prática em si, os riscos e demais assuntos pertinentes.

3.3.1 Da *innocentia consillii*

A partir do contexto psicológico, sabe-se que o adolescente não é destituído de vontades e desejos, sendo ele, portanto, um ser sexuado. No entanto, ainda resta a dúvida quanto à sua capacidade cognitiva. Isto é, o adolescente realmente é constituído de conhecimento e disponibilidade sexual para consentir com atos sexuais?

³⁷OERTER, Rolf & DREHER, Eva. "**Jugendalter**", em: Rolf Oerter & Leo Montada, *Entwicklungspsychologie* (5. ed., vollst. überarb. Aufl.). Weinheim: Beltz, 2002, p. 258-318.

Sob o ponto de vista jurisprudencial, o menor de 14 anos é sim capaz de anuir com a prática sexual, haja vista haver, entre os julgados, um termo denominado de *innocentia consilii*. Ora, no caso do crime de estupro de vulnerável, um delito de violência presumida, não bastaria apenas ter uma vítima com idade inferior a 14 anos. Nesse diapasão, destaca-se a ementa da apelação n.º 216905³⁸:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INNOCENTIA CONSILII. ABSOLVIÇÃO. 1) Para a caracterização do crime de estupro com violência presumida, não basta ser a vítima menor de 14 (quatorze) anos de idade, necessário também que seja inocente, ingênua e desinformada a respeito de sexo. 2) O fundamento da ficção legal de violência, no caso de adolescente, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua insciência em relação a fatos sexuais. Inexistindo aquela, fica afastada a presunção prevista no art. 224, alínea a, do CP. 3) Recurso a que se nega provimento. (TJ-AP - APL: 216905 AP, Relator: Desembargador CARMO ANTÔNIO, CÂMARA ÚNICA, Data de Publicação: no DOE N.º 3684 na(s) página(s) 17 de Segunda, 16 de Janeiro de 2006)

Assim sendo, *innocentia consilii* cuida-se do termo utilizado para referir-se ao consentimento ingênuo, inocente, ou seja, seria um adolescente destituído de informações adequadas e/ou necessárias sobre sexo e, por consequência, não estaria apto para consentir com o ato.

Dessarte, com a base psicológica e social até aqui apresentada, percebe-se que a jurisprudência se mostra atinente aos princípios constitucionais e, por conseguinte, atinentes à realidade e idiosincrasias dos menores de 14 anos, não os taxando como vulneráveis apenas devido a idade.

Portanto, corroborando com a própria natureza humana, o adolescente poderia sim relacionar-se sexualmente, desde que observados os aspectos de cada caso com o devido cuidado e respeito aos preceitos constitucionais. Isto é, a partir do momento que for constatado que o adolescente era, de fato, ingênuo, estar-se-ia diante de um ilícito: estupro de vulnerável.

³⁸AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Amapá. **APL 216905 AP**. Relator: CARMO ANTÔNIO. Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INNOCENTIA CONSILII. ABSOLVIÇÃO [...]. Data da publicação: DOE n.º 3684, 16 jan. 2006. Disponível em: <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19422173/apelacao-apl-216905-ap?ref=serp>. Acesso em: 29 out. 2019.

3.4 Os Adolescentes e o Uso de Entorpecentes e Bebidas Alcoólicas

Num primeiro momento, parece estar diante de um tópico sem uma ligação aparente entre o assunto tratado. No entanto, há comprovação de que o uso de substâncias entorpecentes e de bebidas alcoólicas possui grande influência no ingresso na vida sexual ativa dos adolescentes.

Corroborando com tal premissa, há um estudo realizado pelo Ministério da Saúde³⁹ que aponta o estímulo gerado nos adolescentes pelo uso de drogas para a prática de atos libidinosos. Vejamos:

[...] crescente tendência de redução da faixa etária de início de vida sexual (em torno de 13 anos), refletida em altos índices de gravidez na adolescência, o que coincide com um início igualmente precoce do uso de bebidas alcoólicas. Pesquisa realizada na periferia de Caruaru (PE) confirmou esses dados, ao revelar que 27,6% dos entrevistados tiveram a primeira relação sexual antes dos 13 anos, 80,1% tiveram antes dos 17 anos. Tais índices 42 coincidem com a idade média de início de consumo de bebidas alcoólicas, também extraídos da pesquisa supracitada: 32,2 % começaram a beber antes dos 13 anos e 74, 9% antes dos 17 anos”. Os dados preliminares da última pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas – CEBRID/UNIFESP: relação entre o uso de crack e o desenvolvimento de comportamento de risco para a infecção de DST/HIV/AIDS, com 150 mulheres usuárias de crack de São Paulo e São José do Rio Preto, demonstram que 80% das entrevistadas referem que a idade da primeira experiência sexual ocorreu antes dos 15 anos de idade, sendo que metade da amostra teve sua iniciação antes dos 14 anos. Constata-se o dado alarmante de 17% da iniciação sexual por estupro.

Assim sendo, além de toda a problemática tão somente atinente à sexualidade dos adolescentes, ainda há uma outra celeuma a ser abordada: uso de substâncias tóxicas (lícitas e ilícitas). Não se cuida de um mero fenômeno de causa e efeito, mas é um meio de deixá-los mais propícios à vida sexual.

Afora a questão sexual, o uso de tais substâncias pelos adolescentes não é uma prática saudável, pois, além de colocá-los num panorama de inúmeros riscos, estão eles, de forma precoce, adentrando numa vida mais adulta por assim dizer, devendo, portanto, que o Estado também levante recursos para instituir programas educacionais, levando a eles toda essa questão, ensinando-lhes as mazelas do uso e principais consequências.

³⁹Apud <https://www.docsity.com/pt/a-politica-do-ministerio-da-saude-para-a-atencao-integral-a-usuarios-de-alcool-e-outras-drogas/4785458/>. Ministério da Saúde, 2004. Acesso em: 18 ago. 2019, p. 19.

Assim como comentado no tópico antecedente, a família também deve exercer seu papel, educando o adolescente e alertando-o dos riscos do uso de entorpecentes e bebidas alcoólicas.

3.4.1 O consentimento sob efeito de substâncias lícitas

A partir dos dados perturbadores disponibilizados pelo Ministério da Saúde, pauta-se, agora, uma nova e inquietante indagação: seria, portanto, o consentimento de um adolescente sob efeito de substâncias lícitas válido?

Sob esse contexto, analisar-se-á, então, a relação entre o consumo de álcool e o comportamento de um jovem. Um estudo realizado por vários pesquisadores⁴⁰ apontam que os jovens numa faixa etária de 14 a 29 anos mostra que estes não se lembram do ocorrido por conta da bebida. Vejamos:

Os mais jovens (14 a 29 anos de idade) apresentaram prevalências, significativamente mais elevadas, de (i) ser criticado pelas bebedeiras, de (ii) não se lembrar do ocorrido por conta da bebida e, no limiar da significância estatística, de (iii) sentir-se culpado depois de beber.

Ademais, Ronaldo Laranjeira⁴¹ afirma que:

O álcool age em vários sistemas químicos cerebrais. Sua primeira ação é sobre a química do controle da ansiedade, o sistema GABA. A pessoa fica mais **relaxada**, tende a filtrar os estímulos e por isso interage melhor com os outros. (grifo nosso)

Ora, além do fato do indivíduo esquecer-se do ocorrido e, ainda, levando-se em conta que este também pode vir a ficar mais relaxado com o consumo do álcool, constata-se, de forma clara, que o jovem sob influência do álcool poderia vir a realizar determinadas ações que antes não as faria.

⁴⁰BARROS, Marilisa Berti de Azevedo et al. **Perfil do consumo de bebidas alcoólicas: diferenças sociais e demográficas no Município de Campinas**. Estado de São Paulo, Brasil, 2003. Epidemiol. Serv. Saúde, Brasília, v. 17, n. 4, p. 259-270, dez. 2008. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-9742008000400003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 31 ago. 2019, p. 259-270.

⁴¹LARANJEIRA, Ronaldo. **Efeitos do álcool. Entrevista**. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/entrevistas-2/efeitos-do-alcool-entrevista/>. Acesso em: 31 ago. 2019, s. p.

Ainda, pelo fato de estar mais “confortável” no meio social em que se encontra, acabaria por consentir com algo que normalmente não faria. No entanto, Laranjeira ainda diz que⁴²:

Nem todo o mundo reage da mesma forma. A maioria responde a baixas doses de álcool com relaxamento leve e agradável. Uma minoria, porém, mesmo com baixas doses, fica muito violenta. Meio copo de cerveja pode desencadear reações totalmente descontroladas. É o que se chama de intoxicação patológica.

Dessarte, apesar do que os estudos indicam sobre a mudança no comportamento e, até, personalidade no indivíduo sob efeito de álcool, tem-se essa outra certeza de que cada pessoa reage de forma distinta.

Conclui-se, por conseguinte, que não bastaria o jovem estar sob efeito do álcool para tolher-lhe a possibilidade de consentir. Isto é, haveria de ter um estudo e mais aprofundado, com o cunho de determinar o quão lúcido e consciente sobre o ato o adolescente estava quando consentiu.

⁴²LARANJEIRA, Ronaldo. **Efeitos do álcool. Entrevista.** Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/entrevistas-2/efeitos-do-alcool-entrevista/>. Acesso em: 31 ago. 2019, s. p.

4 DA VIOLÊNCIA SEXUAL: DA LIBERDADE SEXUAL E O ABUSO

Ao tratar-se dos delitos sexuais, resta-se uma discussão em mente: quando, de fato, há um crime sexual e quando há apenas um exercício regular de liberdade, este que, por conseguinte, açambarca a liberdade sexual?

Antes de passar a resolução desta problemática em si, importante é desbravar o que vem a ser liberdade sexual. Assim sendo, destaca-se as palavras de Maria Berenice Dias⁴³:

A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não se realiza, falta-lhe a liberdade, que é um direito fundamental.

Ainda, ela aponta que, na sociedade atual, seria descabido “continuar pensando na sexualidade com preconceitos”⁴⁴. A partir dessa ideia, tem-se um novo aspecto da sexualidade, devendo, então, interpretar a sexualidade humana sob um novo panorama.

Seguindo esse preceito, o Professor Felipe Aquino⁴⁵ ensina que:

Sendo o ser humano um ser de dimensões bio-psico-espiritual, sua sexualidade não está dependente apenas de seus instintos de procriação ou de preservação da espécie, à medida que evolui, o homem encontra novos sentidos para a vivência de sua sexualidade. Diferentemente dos animais, o ser humano é um ser totalmente dependente.

Portanto, conclui-se que a liberdade sexual engloba diversos aspectos do ser humano, sendo algo a ele inerente e, acima de tudo, cuida-se de uma necessidade, de um direito; o ser humano necessita ser livre sexualmente para que consiga ser pleno em si mesmo, para que atinja a completude de suas necessidades.

Notório se mostra no âmbito jurídico que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Portanto, quando é que se inicia um abuso ao direito à liberdade sexual?

⁴³DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_650\)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_650)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf). Acesso em: 17 ago. 2019, s. p.

⁴⁴DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. Acesso em: 17 ago. 2019, s. p..

⁴⁵AQUINO, Felipe. **“Liberdade” sexual**. Disponível em: <https://cleofas.com.br/liberdade-sexual/>. Acesso em: 17 ago. 2019, s. p.

Num primeiro momento, deixando de lado a vulnerabilidade, constatar-se-ia um abuso e, por consequência, um crime, no momento onde um indivíduo utilizar-se da violência ou grave ameaça para vencer o dissenso de outrem para satisfazer sua lascívia.

A violência pode ser física, quando há o emprego de força sob a vítima, ou pode ser moral no caso de ter-se ameaça. Dessarte, seja qual a espécie de violência aplicada, constata-se que a partir do momento em que ela é empregada, a liberdade sexual de outrem está a ser aviltada, assim como o indivíduo agressor está a usurpar e ultrapassar os limites de sua liberdade sexual, tornando-se, portanto, um criminoso, um esturador.

Quanto à análise da vulnerabilidade, tal discussão será tratada com melhor atenção aos detalhes posteriormente, haja vista a necessidade de uma discussão mais adequada e extensa e, ainda, o fato de que no crime de estupro de vulnerável não requer, em seu tipo penal, a existência de qualquer exteriorização de violência ou grave ameaça.

4.1 A Vítima do Crime de Estupro: Saúde em Risco

Cediço é que há um transtorno inerente à vítima de qualquer tipo de delito. Não obstante, também é límpido que a vítima do execrável crime de estupro é, infelizmente, acompanhada de diversos coloridos. Isto é, desde o momento da prática delitiva, perpassando pela investigação até o momento da prolação da sentença, ela é perseguida pelo acontecimento, perseguição esta que vai, de forma paulatina, prejudicando sua saúde.

Na mesma toada, apontando a diferença no processo penal de crimes sexuais, Matheus Gugelmin e Patrícia Romano⁴⁶ apontam que:

A vítima do crime de estupro não é como a vítima de qualquer outro processo penal: desde a fase de investigação até o momento da sentença ela é perseguida como se a existência do crime estivesse presa a ela mesma, intrínseca a sua condição.

⁴⁶GUGELMIN, Matheus & ROMANO, Patrícia. **Comportamento da vítima no estupro: dupla penalização.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/470882413/comportamento-da-vitima-no-estupro-dupla-penalizacao>. Acesso em: 17 ago. 2019.

Veja, além de lidar com diversos e complexos problemas satélites ao próprio crime do qual figura o polo passivo, ainda deve enfrentar certos obstáculos, haja vista que as marcas psicológicas se mostram, em muitos casos, um empecilho para que a vítima vá até as autoridades informá-las sobre o ocorrido.

Partindo do pressuposto de todos esses nuances inerentes ao crime em análise, há de se destacar, portanto, que devem ser tomados cuidados específicos após um estupro.

Juliana Conte⁴⁷, em seu texto, levanta a importância de se ter uma resposta rápida após o estupro. Vejamos:

A questão do tempo é muito importante, principalmente para prevenção do HIV. Para que os antirretrovirais realmente funcionem, a mulher precisa tomar a medicação o mais rápido possível, não ultrapassando a janela de 72 horas após o ocorrido. A mulher precisa tomar a medicação por 28 dias. São três comprimidos após o café da manhã e três após o jantar. A medicação pode ser tomada em casa, não é preciso ir ao hospital.

Além dos inúmeros remédios e injeções que a vítima deve tomar para evitar quaisquer problemas atinentes a gravidez ou doenças, recomenda-se que ela também tenha acompanhamento com especialistas, como, por exemplo, psicólogos e psiquiatras.

Ademais, assim como já dito anteriormente, a família sempre deve exercer um papel fundamental, prestando, então, o devido apoio após um acontecimento horrendo como este. No entanto, em alguns casos constata-se que o lar não é um ambiente seguro e/ou adequado. Assim, deve-se buscar amparo do serviço social. Nesse sentido, Juliana Conte⁴⁸, em seu texto, aponta que:

[...] fornecer um atendimento rápido e humanizado à vítima, para que ela se sinta segura e possa voltar o mais rápido possível para casa. Isto é, se a casa realmente for um ambiente seguro para ela. Senão, o serviço social é chamado para fornecer o acolhimento e o direcionamento necessários nesses casos.

Assim, percebe-se que o crime de estupro é, sem qualquer resquício de dúvida, um crime horrível, onde a vítima, diferentemente da maioria dos delitos, sai

⁴⁷CONTE, Juliana. **Cuidados em saúde depois de um estupro**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/470882413/comportamento-da-vitima-no-estupro-dupla-penalizacao>. Acesso em: 17 ago. 2019, s. p.

⁴⁸CONTE, Juliana. Op. Cit. Acesso em: 17 ago. 2019, s. p.

com ferimentos psicológicos e, também, físicos e, aqueles, podem perdurar por toda uma vida, sendo, portanto, sempiternos.

5 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS GERAIS

Adentrar-se-á, agora, num estudo sobre o crime de estupro de vulnerável em si, haja vista ser a pedra angular da tese central deste trabalho. Tal estudo será feito através de cortes epistemológicos nos subtópicos que se seguem.

5.1 Conceito e Base Legal

Antes de conceituar o estupro de vulnerável, importante se mostra a análise etimológica de ambas as palavras. Estupro origina-se do termo latino *stuprum*, significando, de acordo com o ordenamento jurídico e a moral romana da época, a relação sexual ilícita, englobando, portanto, inúmeros crimes sexuais. Por sua vez, a palavra vulnerável vem do latim *vulnerabile* ou *vulnerabilis*, vindo a significar, em sua essência, “lesões, cortes ou feridas expostas, sem cicatrização, feridas sangrentas com sérios riscos de infecção”⁴⁹.

O crime de estupro de vulnerável cuida-se de uma modalidade de estupro considerada mais grave pelo próprio legislador, haja vista ser a vítima do delito um menor de 14 anos ou pessoa com enfermidade ou deficiência mental, ou ainda, por não poder, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Assim, o dissenso da vítima se mostra irrelevante para que haja a caracterização do crime, conforme aponta-nos Cleber Masson⁵⁰:

A lei despreza o consentimento dos vulneráveis, pois estabeleceu critérios para concluir pela ausência de vontade penalmente relevante emanada de tais pessoas. O aperfeiçoamento dos delitos independe do emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

Não obstante, mesmo com a recente alteração da Lei n.º 13.718, de 2018, abordar-se-á a vulnerabilidade em face do fator cronológico (pessoa com idade inferior a catorze anos) com uma maior atenção, tendo, para tanto, em perspectiva a realidade sociocultural do país.

O delito com o *nomen juris* “estupro de vulnerável” possui base legal no artigo 217-A, do Código Penal, inserido pela Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009:

⁴⁹ *Apud* **Dicionário Morfológico da Língua Portuguesa**, organizado pelos Professores Evaldo Hecker, Sebald Back e Egon Massing. Editora Unisinos, 1984, s. p.

⁵⁰ MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 904.

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. E, como já mencionado, sendo mais severo que o crime de estupro previsto no artigo 213, também do Código Penal, haja vista ser aquele apenado com reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, enquanto que este possui pena de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Assim, com a redação do artigo acima citado, percebe-se como o legislador classificou os indivíduos tidos como vulneráveis, criando-se, por consequência, dúvidas quanto à essa presunção de vulnerabilidade, estas que serão elencadas e discutidas posteriormente neste trabalho.

5.2 Objetividade Jurídica ou Bem Jurídico Tutelado

Quanto à objetividade jurídica, apontam Mirabete e Fabbrini⁵¹ que “Tutelam-se no art. 217-A, como aspectos da dignidade sexual, o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoas que a lei considera mais vulneráveis ao abuso sexual”.

Portanto, pode-se dizer que o bem jurídico tutelado, de forma sucinta, é a própria dignidade sexual das pessoas tidas como vulneráveis pelo legislador, sendo elas, de acordo com Luiz Regis Prado⁵²:

[...] os menores de 14 (catorze) anos, bem como aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.

Percebe-se, então, que o delito prescrito no artigo 217-A, do Código Penal, muito mais se baseia numa presunção de vulnerabilidade do indivíduo num encaixe meramente objetivo, do que numa análise adequada dos fatos do caso concreto.

⁵¹MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte especial: Arts. 121 a 234-B do CP. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 426.

⁵²PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal: volume 2**: parte especial. 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 463.

5.3 Natureza Jurídica da Vulnerabilidade

Anteriormente ao advento da Lei n.º 13.718/18, não havia uniformidade na doutrina e jurisprudência quanto à vulnerabilidade do menor de 14 anos. Isto posto, indagava-se se em todos os casos onde um agente praticou relação sexual com menor de 14 anos com o consentimento deste, estar-se-ia diante de uma situação delituosa.

Destarte, surgiram duas correntes que cuidavam da classificação da natureza jurídica da vulnerabilidade. A primeira aponta que a presunção de vulnerabilidade será sempre absoluta, haja vista ser essa a intenção do legislador, percebendo-se, então, uma proteção sob o ponto de vista objetivo. Por sua vez, a segunda corrente preconiza que a presunção comporta relativização, pois há casos onde não há a vulnerabilidade sexual do adolescente, como, por exemplo, um menor de 14 anos promíscuo e com capacidade cognitiva para discernir sobre a situação em si.

Interessante se faz destacar que a teoria absoluta possui um viés histórico⁵³, a saber:

Interpretando o art. 272 do Código de 1890, que, na época, previa a *innocentia consilii* dos menores de 16 anos, a doutrina brasileira, na sua ampla maioria, inclinava-se por reconhecer, no caso, a presunção *juris et de jure*, podendo ser citados, dentre outros defensores desse entendimento, Chrysolito de Gusmão, Viveiros de Castro, Galdino Siqueira, Hungria, João Vieira, Bento de Faria, Paulo Teixeira e Macedo Soares. Segundo os defensores dessa posição, as qualidades infractadas não afastam a presunção de violência, pois a presunção é absoluta, não se admitindo prova em contrário.

Sobre a teoria relativa, Francisco Dirceu de Barros aponta que o saudoso Mirabete⁵⁴ nos ensinava que:

Sempre se discutiu na doutrina a natureza da presunção pela idade da vítima. A maioria dos doutrinadores, porém, inclina-se pela presunção relativa (*juris tantum*), mas há ainda defensores da presunção absoluta (*juris et de jure*). É praticamente pacífico na jurisprudência que a presunção é relativa, admitindo-se prova em contrário, ou seja, de que a menor de quatorze anos já é experiente em matéria sexual, sem moral etc., excluindo-se a presunção. Exige-se, assim, a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua

⁵³BARROS, Francisco Dirceu. **A natureza jurídica da vulnerabilidade nos delitos sexuais**. Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/121941031/a-natureza-juridica-da-vulnerabilidade-nos-delitos-sexuais>. Acesso em: 31 mar. 2019, s. p.

⁵⁴MIRABETE, Júlio, citado por BARROS, Francisco Dirceu. Op. Cit. Acesso em: 31 mar. 2019, s. p.

insciência em relação a fatos sexuais. Mas não exclui a presunção de violência o fato de não ser mais virgem a menor.

Notadamente, o posicionamento legislativo inclina-se mais à corrente da presunção *juris et de jure*. *Data vênia*, tal colocação mostra-se alienada da realidade social do Brasil, mitigando o próprio princípio do devido processo legal e, ainda, o princípio da presunção de inocência, questões que ainda serão abordadas neste trabalho.

Parece-nos mais adequado adotar a teoria relativa, haja vista a sua atinência com o caso em si considerado, evitando, portanto, uma responsabilização objetiva do indivíduo, pois uma melhor análise e admissão de provas elevam o princípio da presunção de inocência, assim como permitem o adequado exercício do contraditório e ampla defesa, o que não é propiciado na teoria absoluta ao agente acusado.

A teoria *juris tantum* se evidencia em consonância com a sociedade atual, como nos aponta Edmar José Chagas⁵⁵:

Hodiernamente, a visão da sociedade sobre o sexo mudou e muito, em função da educação familiar e de políticas institucionais. Falar de sexo faz parte do currículo escolar nas diretrizes curriculares de muitos Estados brasileiros como conteúdos obrigatórios, ao lado de outros assuntos relacionados a desafios contemporâneos (meio ambiente, trânsito, drogas, etc.), o que demonstra não só uma preocupação dos poderes públicos em melhor instruir os jovens, como também uma necessidade de que a sociedade acompanhe a evolução cada vez mais vertiginosa do alcance da maturidade sexual por parte dos mesmos. Se evoluem sexualmente em um ritmo mais veloz que seus genitores, então que ao menos o façam com conhecimento e precaução.

Assim, percebe-se que o estudo da natureza da vulnerabilidade no âmbito do direito penal envolve diversas áreas, necessitando, portanto, de análises sistemáticas e sociais.

⁵⁵CHAGAS, Edmar José. **A proteção da dignidade sexual ou paternalismo jurídico**: A propósito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85>. Acesso em 01 abr. 2019, s. p.

5.4 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

Tem-se como sujeito ativo qualquer pessoa, haja vista ser um crime comum como regra, conforme nos aponta Cleber Masson⁵⁶:

Qualquer pessoa (crime comum ou geral), inclusive os transexuais. Admite-se coautoria, participação e autoria mediata. Na modalidade “ter conjunção carnal” o estupro de vulnerável é crime próprio ou especial, pois pressupõe uma relação heterossexual.

Quanto ao sujeito ativo, percebe-se a devida adequação à evolução da sociedade, haja vista elencar neste polo também as mulheres e, até, os transexuais, deixando de lado a ótica errônea de que apenas o homem poderia ser autor de crimes sexuais como o estupro.

Tal evolução veio com o advento da Lei n.º 12.015, de 2009, estipulando que o polo ativo do delito de estupro não seria apenas do indivíduo masculino, sendo possível, portanto, que a mulher também o configure. Ratificando tal posicionamento legal e também a ideia de Masson acima mencionada, Greco⁵⁷ diz:

Tanto o homem quanto a mulher podem figurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar nessa condição.

Por sua vez, o sujeito passivo vai em via contrária do sujeito ativo, haja vista ser um crime próprio ou especial quanto ao polo passivo, sendo apenas possível sê-lo se houver um encaixe de acordo com a prescrição do artigo 217-A, do Código Penal, sendo desimportante o gênero do indivíduo, podendo ser masculino ou feminino, conforme aduz Masson⁵⁸, sujeito passivo do estupro de vulnerável é “A pessoa vulnerável, figurando nesse rol os menores de 14 anos, os portadores de enfermidade ou deficiência mental que não têm o necessário discernimento para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência”.

⁵⁶MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 907.

⁵⁷GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte especial**. 8.ed. Niterói: Impetus, 2011. v.3, p. 535.

⁵⁸MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 907.

Apesar de ligar a vulnerabilidade apenas ao fato de ser um menor de 14 anos ao conceituar o polo passivo, mais acertado seria se houvesse uma análise adequada das peculiaridades de cada caso para analisar se há de fato a vulnerabilidade e, no caso da parte final do primeiro parágrafo do artigo em epígrafe, apesar de não ser o foco do trabalho, também deve receber igual tratamento, devendo haver a devida análise da causa que interfere ou não na livre vontade do sujeito passivo.

5.4.1 Do erro de tipo ou *error aetatis*

O erro de tipo é perceptível no caso concreto em si, quando o indivíduo se mostra destituído de plena consciência a respeito daquilo que está a fazer, isto é, ele pensa estar a agir de forma adequada, seguindo, portanto, o que preconiza a lei, apoiando-se numa falsa percepção da realidade; se mostra equivocado. Assim, acaba praticando uma conduta ilícita, mas quando, na verdade, por erro, acredita esta ser completamente lícita.

Além de conceituá-lo, importante citar a base legal, esta que se encontra contemplada no artigo 20, *caput*, e em seu primeiro parágrafo, do Código Penal:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Discriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

No crime de estupro de vulnerável, Cleber Masson⁵⁹ nos aponta ser cabível o instituto do erro de tipo. Vejamos:

É possível a incidência do instituto do erro de tipo, delineado no art. 20, *caput*, do CP, no tocante ao estupro de vulnerável, e também aos demais crimes sexuais contra vulneráveis. O erro sobre elemento constitutivo do crime não se confunde com a existência ou não da vulnerabilidade da vítima, que tem natureza objetiva.

⁵⁹MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 907.

Ainda, por cuidar-se de um crime doloso, para que haja a incidência do erro de tipo, imprescindível se faz que o agente ativo desconheça o fato da vítima possuir idade inferior a 14 anos, haja vista que o dolo é um elemento essencial para configurar o delito. Assim, em face do agente que conheça a condição da vítima não há o que se falar em erro de tipo, no entanto, ao indivíduo que a desconheça, possível se faz alegar o erro de tipo, devendo, no curso processual, ser analisado o caso concreto *per se* de acordo com as suas circunstâncias.

Com o intuito de finalizar a análise do erro de tipo, faz-se importante a análise de jurisprudência, posto que é necessário buscar o entendimento dos tribunais acerca do tema abordado. Assim sendo, destaca-se a seguinte jurisprudência⁶⁰:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO FICTO. PRESUNÇÃO. QUESTÃO FÁTICA PREJUDICIAL. ERROR AETATIS. I - Na denominada violência presumida, em verdade, a proibição contida na norma é a de que não se pratique a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, conforme o caso, com pessoas que se encontrem nas situações previstas no art. 224 do Código Penal. II - O error aetatis, afetando o dolo do tipo, é relevante, afastando a adequação típica (art. 20, caput do C. Penal) e prejudicando, assim, a *quaestio* acerca da natureza da presunção. Recurso não conhecido. (STJ - REsp: 450318 GO 2002/0090717-8, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 13/05/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 23/06/2003 p. 414 RSTJ vol. 182 p. 455)

Resta-se, então, possível que o crime de estupro de vulnerável seja açambarcado pelo *error aetatis*, afastando-se o dolo do tipo legal, vide previsão legal e, também, jurisprudencial.

5.5 Tutela Jurídica e o Critério Etário

A tutela jurídica pode ser conceituada a partir da função do direito em estruturar e organizar a sociedade, isto é, regula-se numa determinada sociedade as relações dos indivíduos que nela vivem, visando defender, proteger ou amparar determinado grupo de indivíduos tidos, por algum motivo, como mais frágeis ou necessitados de uma tutela mais adequada em razão de sua fragilidade.

⁶⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 450318 GO 2002/0090714-8**. Relator: MINISTRO FELIX FISCHER, Partes: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS, NILTON JONES FERREIRA DOS SANTOS. Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO FICTO. PRESUNÇÃO. QUESTÃO FÁTICA PREJUDICIAL. ERROR AETATIS [...]. Data do Julgamento: 13 de mai. 2003, Data de Publicação: DJ 23 de jun. 2003. RSTJ vol. 182, p. 455. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7421689/recurso-especial-resp-450318-go-2002-0090717-8/inteiro-teor-13071490>. Acesso em: 28 out. 2019.

Destarte, a tutela jurídica não é apenas mera construção doutrinária ou jurisprudencial, haja vista possuir fulcro na Constituição Federal de 1988. Vejamos, portanto, o inciso XXXV do 5º artigo: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A análise do delito previsto no artigo 217-A, do Código Penal, deve, também, ser realizada sob os ditames de uma interpretação sistemática, pois há todo um ordenamento jurídico, este que deve possuir seus códigos e afins em completa consonância, evitando-se, assim, incongruências normativas entre os diplomas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.069, de 13 (treze) de julho de 1990 é notoriamente conhecido pela sigla ECA, sendo um diploma protetivo dos indivíduos caracterizados como em desenvolvimento, sendo estes as crianças e os adolescentes, visando, dessa forma, resguardar o crescimento adequado e saudável deles nos múltiplos âmbitos de suas vidas.

Por conseguinte, significativo é citar o artigo 2º do estatuto supramencionado, este que nos dá a definição de criança e adolescente: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Assim, ao analisarmos o artigo acima mencionado, percebe-se que o legislador estabeleceu que a criança passa a ser adolescente quando completar seus 12 (doze) anos de idade, haja vista tal critério de fixação do marco transitório para a adolescência pautar-se em aspectos biológicos e, também, sociais.

Ainda, na mesma esteira, há de se comentar sobre o artigo 1.517, do Código Civil, este que aponta a idade núbil sendo de 16 (dezesesseis) anos, o que demonstra, em certa medida, o reconhecimento da capacidade do livre exercício da autonomia sexual⁶¹. Perceptível se faz, agora, as incongruências entre os diplomas do ordenamento jurídico brasileiro sobre um mesmo instituto jurídico, sobre um mesmo assunto.

Outra constatação é que, apesar de todas as prescrições legais, impossível se faz adotar um critério tão somente objetivo, pois a lei em si nunca será capaz de vislumbrar todos os casos em si, isto é, ao adotar um critério que se baseia apenas na faixa etária, estar-se-á deixando de lado todas as possíveis aferições

⁶¹DE LARA, Maria Batista. Vulnerabilidade no art. 217-A do Código Penal. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 11, n. 2, out. 2017. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/136>. Acesso em: 01 abr. 2019, s. p.

individuais dos caracteres psíquicos e de desenvolvimento social do menor de 14 anos.

Desta forma, a vulnerabilidade prescrita pelo artigo 217-A, do Código Penal, não deve ser absoluta ou objetiva como atualmente a lei determina, ao menos não em face dos com 12 anos completos. Corroborando com tal tese, Maíra Batista de Lara, em seu artigo⁶², aponta:

Afirma-se, portanto que **não há uma vulnerabilidade absoluta** dos maiores de 12 e menores de 14 anos exigindo-se em uma análise casuística para a aferição da existência ou não da vulnerabilidade. Dentre os aspectos relevantes para a configuração do delito tem-se a caracterização do abuso, proveniente do desequilíbrio entre as partes envolvidas no ato sexual e a existência de temor, coação, aproveitamento do menor como instrumento de satisfação da lascívia do agente ativo do crime. (grifo nosso)

Ainda, Karine Cordazzo⁶³ apresenta-nos em seu trabalho que:

Quando se tratar de relação sexual mantida com adolescentes, ou seja, maiores de doze anos, **a tese da relativização deveria preponderar**. Em verdade, estar-se-ia aplicando analogicamente o que preceitua o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que prevê a possibilidade da adoção de medidas socioeducativas aos adolescentes quando do cometimento de atos infracionais. (grifo nosso)

Em vista disso, sob a prescrição do ECA em relação à faixa etária, um indivíduo com 12 (doze) anos completos ou mais poderá perfeitamente ser detentor de conhecimento mais do que adequado sobre sexo e relações sexuais, possuindo, portanto, o discernimento do que é a conjunção carnal e, ainda, que já conheça a si mesmo, tenha noção de seus desejos e de seu corpo, não sendo difícil que este mesmo indivíduo possa vir querer relacionar-se de forma íntima com alguma outra pessoa.

⁶²DE LARA, Maria Batista. Op. Cit. Acesso em: 01 abr. 2019, s. p.

⁶³CORDAZZO, KARINE. **A Superação da Presunção Absoluta no Estupro de Vulnerável: Uma Análise Sob o Prisma do Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Anais do V Congresso Nacional da FEPODI. Organização FEPODI/CONPEDI/UFMS. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/9AN70IVns7TcD3hd.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

6 LEI Nº 13.718, DE 2018: A BUSCA POR UMA TUTELA EFETIVA DA DIGNIDADE SEXUAL OU INADEQUAÇÃO SOCIAL DA NORMA?

A alteração preconizada pela Lei nº 13.718, de 2018 cuida-se de uma verdadeira proteção do bem jurídico tutelado, a dignidade sexual dos menores de 14, ou apenas trata-se de um moralismo jurídico?

O moralismo jurídico ou, até, o paternalismo jurídico de acordo com João Paulo Orsini⁶⁴ “é quando o Estado intervém na liberdade individual da pessoa por meio do direito penal”. Explica ainda que “o princípio da autonomia deveria prevalecer em face da intervenção estatal, salvo nos casos onde o indivíduo não teria capacidade adequada para decidir”⁶⁵.

Destarte, percebe-se que o caso do crime com *nomen juris* de “estupro de vulnerável” originou-se numa premissa de um paternalismo jurídico indireto, haja vista pautar-se na punição de determinado indivíduo para proteger outrem. Isto é, pune-se aquele que praticou o ato libidinoso ou cópula com o menor de 14 anos para, em tese, proteger este de intervenções de seu desenvolvimento sexual adequado.

Destaca-se, portanto, a redação incluída no artigo 217-A, do Código Penal, pela Lei nº 13.718/18: “§ 5º As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”.

Apesar dessa premissa protetiva, paternalista, que a lei supramencionada nos trouxe ao alterar o Código Penal, lúcido se mostra a sua inadequação social e não uma busca pela tutela efetiva da dignidade sexual.

Ora, não há como alvitrar uma defesa da dignidade sexual de um indivíduo que não a teve violada, este que possui o devido discernimento sobre sua sexualidade e seus desejos, isto é, ao preconizar a ilegalidade de quem com ele pratique qualquer ato sexual, estar-se-á, na verdade, em face de uma intervenção desmedida do Estado, posto que se mostra uma ingerência estatal intervir na vida sexual de seus cidadãos em casos onde, com a devida análise das circunstâncias, não há qualquer ilícito.

Além do mais, um estudo denominado “Mosaico Brasil” (realizado pelo Prosex – Programa de Estudos em Sexualidade), mostrou que “a iniciação sexual

⁶⁴PELLEGRINI, Marcelo. **Paternalismo jurídico brasileiro atinge liberdade individual**. Disponível em: <http://www.usp.br/agen/?p=64173>. Acesso em 05 abr. 2019, s. p.

⁶⁵PELLEGRINI, Marcelo. Op. Cit. Acesso em 05 abr. 2019, s. p.

acontecia, principalmente, na faixa etária dos 13 aos 17, com concentração maior aos 15 anos⁶⁶ e, ainda, que “apesar da primeira relação completa, com penetração, ser hoje mais frequente entre 13 e 15 anos, as experiências sexuais iniciais acontecem muito antes disso⁶⁷.”

Ainda, explica-nos o médico hebiatra (especialista em adolescentes) Maurício de Souza Lima que: “a idade vem baixando porque existe um estímulo muito mais precoce do que há alguns anos, sobretudo por intermédio da televisão, dos smartphones e da internet como um todo⁶⁸.”

Ora, constata-se, de forma inequívoca a clara inadequação social da norma, pois a lei ao alterar o Código Penal impondo uma responsabilidade objetiva – desconsiderando, para tanto, as peculiaridades do agente passivo – deixou de lado a marcha evolutiva da sociedade, abandonando, por conseguinte, a devida análise dos desenvolvimentos sexuais, não percebendo que se cuidam de novos tempos, onde os jovens iniciam suas vidas sexuais de forma mais precoce, com antecedência, do que antigamente.

Como já mencionado, intervir na vida sexual de um indivíduo em casos que não há qualquer ato criminoso, seria uma ingerência estatal. Não deve o Estado coibir ou impedir que as pessoas conheçam a si mesmas, que descubram e satisfaçam suas vontades sexuais com outrem quando houver a devida consciência do ato e, ainda, consentimento.

Ainda, indo além, numa análise fria da lei, imaginando que dois indivíduos menores de 14 anos praticassem qualquer ato libidinoso, estaríamos diante de dois infratores, ou seja, quando havê-los, o delito de estupro de vulnerável assumiria uma qualidade de crime recíproco, haja vista que um estaria praticando-o em face do outro.

Veja, a alteração preconizada pela Lei nº 13.718, de 2018, no artigo 217-A, do Código Penal, é dotada de caracteres de paternalismo jurídico, este que, nesse caso, levou a sua inadequação social, porque, como acima aludido, não averiguou em qual marcha a vida sexual dos jovens se encontra atualmente. Assim, tal alteração desembocou num cenário de intervenção desmedida do Estado, como também trouxe

⁶⁶D'ELBOUX, Yannik. **Jovens começam a vida sexual cada vez mais cedo**; veja como agir. Disponível em: <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2015/05/19/jovens-comecam-vida-sexual-cada-vez-mais-cedo-veja-como-agir.htm>. Acesso em 05 abr. 2019, s. p.

⁶⁷D'ELBOUX, Yannik. Op. Cit. Acesso em 05 abr. 2019, s. p.

⁶⁸D'ELBOUX, Yannik. Op. Cit. Acesso em 05 abr. 2019, s. p.

uma hipótese de responsabilização objetiva do agente ativo, esta que se evidencia em completo desacordo com o ordenamento jurídico quanto às regras penais.

6.1 Responsabilização Objetiva

Num primeiro momento, significativo é conceituar, de forma simples, a responsabilização objetiva, esta que se oriunda de determinado ato ilícito, do qual a sua constatação independe de qualquer prova para aferir a culpa ou nuance de envolvimento do agente com o ato violador de direitos.

Vejamos, para tanto, a prescrição do artigo 13, *caput*, do Código Penal: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Vê-se, então, que a culpabilidade, por força legal, é um elemento inafastável para que haja o delito *per se*, para que o Estado-Juiz possa realizar suas atividades persecutórias. Ademais, ainda é possível coligir da leitura do artigo supramencionado, a máxima latina *nullum crimen sine culpa*, que, em nosso vernáculo, nada mais significa aquilo já mencionado: não há crime sem que haja culpa, portanto, a culpa é imprescindível para a responsabilidade penal, esta que deve ser subjetiva.

Com igualdade de pensamento, Fernando de Noronha⁶⁹ sustenta que a responsabilização objetiva no crime de estupro de vulnerável “é inadmissível, porque se punirmos sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, repudiada pela nossa lei”. Estando na mesma esteira Mirabete⁷⁰:

Não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes.

⁶⁹NORONHA, E. Magalhães. **Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transportes e outros serviços públicos**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.3, s. p.

⁷⁰MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte especial: arts. 121 a 234 do CP**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 1998. v.2, p. 478.

Isto posto, uma das premissas mais notórias no âmbito das ciências jurídicas é de que o crime é todo fato típico, ilícito (antijurídico), e culpável. Ora, se a culpabilidade do agente integra a própria concepção do delito, sendo um dos elementos, como poderia uma lei estabelecer um crime dotado de responsabilidade objetiva?

A Lei nº 13.718, de 2018, adicionando um novo parágrafo ao artigo do estupro de vulnerável, tornando a vulnerabilidade do menor de 14 absoluta sem possibilidade de prova em contrário, acaba, ao arrepio do ordenamento jurídico, por responsabilizar de forma objetiva o suposto ofensor, este que, por não poder produzir provas em sentido contrário a imputação do delito de estupro de vulnerável, certamente estaria destinado a enfrentar um processo-crime onde seria-lhe tolhido seus direitos básicos de ampla defesa e contraditório, ferindo, portanto, o devido processo legal.

Na mesma toada, Karine Cordazzo⁷¹ afirma:

A previsão da responsabilidade penal objetiva contraria preceitos fundamentais, sob a ótica do suposto ofensor, **colide diretamente com princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade**, já que o agente estaria fadado à uma condenação precoce, em virtude da impossibilidade de produção de prova em sentido contrário. (grifo nosso)

Ademais, a constatação feita por Cordazzo apontada acima não é apenas um pensamento isolado, havendo jurisprudência nesse mesmo sentido. Assim sendo, destaca-se o entendimento dos tribunais superiores nessa mesma esteira, tendo, então, o Inquérito n.º 1.578-4-SP, no qual o Supremo Tribunal Federal firmou o seguinte entendimento: “O sistema jurídico penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva”⁷². Em seu turno, o Superior Tribunal de Justiça,

⁷¹CORDAZZO, KARINE. **A Superação da Presunção Absoluta no Estupro de Vulnerável: Uma Análise Sob o Prisma do Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Anais do V Congresso Nacional da FEPODI. Organização FEPODI/CONPEDI/UFMS. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/9AN70IVns7TcD3hd.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019, s. p.

⁷²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 1.578-4-SP**. Relator: ELLEN GRACIE, Partes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PAULO CESAR DE OLIVEIRA LIMA, ÁLVARO FERRI FILHO E OUTROS. Ementa: INQUÉRITO. LEI Nº 8.137/90, ARTS. 1º E 2º. DENÚNCIA. REQUISITOS. CPP, ART. 41. CRIME SOCIETÁRIO [...]. Data do julgamento: 18 dez. 2003, data da publicação: 23 abr. 2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14743283/inquerito-inq-1578-sp>. Acesso em: 28 out. 2019.

ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 8.312-SP, entendeu igualmente que: “Inexiste em nosso sistema responsabilidade penal objetiva”⁷³.

Dessarte, desde a Lei n.º 12.015, de 2009, já havia jurisprudência a abordar o tema da vulnerabilidade e da responsabilidade objetiva do crime de estupro de vulnerável, destacando que o critério etário deveria ser mensurado em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, analisando-se, para tanto, as peculiaridades inerentes ao caso em apreço. Vejamos, então, o acórdão de n.º 70046185104 do TJRS⁷⁴:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Relação de namoro entre vítima e réu. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. Rejeição da denúncia. Ausência de justa causa para a ação penal. A vulnerabilidade da vítima – tal como disposta no art. 217-A do Código Penal – não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes (Apelação Crime n.º. 70046185104. Des. Sylvio Baptista Neto - Presidente).

A partir disso, a Lei n.º 13.718, de 2018, deveria ter seguido pelos ditames majoritários da jurisprudência e, também, da doutrina, isto é, careceria ter disposto no parágrafo que adicionou ao artigo 217-A, do Código Penal, que a vulnerabilidade seria dotada de relatividade, estando, nesse caso, em conformidade com o ordenamento jurídico e, também, com a realidade sociocultural do Brasil.

6.2 Violação ao Princípio da Presunção da Inocência?

O princípio da presunção da inocência encontra-se esculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Referido princípio exprime a vontade protecionista do legislador pátrio em declarar uma garantia básica de todo cidadão no

⁷³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 8.312-SP**. Relator: FERNANDO GONÇALVES, Partes: ANTÔNIO JOSÉ RIBAS PAIVA, JUIZ VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, DANILO RAMON HESPANHA. Ementa: HABEAS CORPUS. PERDA DO OBJETO [...]. Data do julgamento: 27 abr. 1999, data da publicação: 04 mar. 1999, p. 231. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/428409/habeas-corpus-hc-8312-sp-1998-0094549-0/inteiro-teor-100268299>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁷⁴SEÇÃO JURISPRUDÊNCIA. **Decisão recente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul traz entendimento sobre a relatividade no conceito de vulnerável estabelecido no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://profanaclaudialucas.blogspot.com/p/secao-jurisprudencia.html>. Acesso em: 05 abr. 2019, s. p.

sentido de que ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No entanto, a mudança que a Lei nº 13.718, de 2018, fez no Código Penal, mais especificamente no seu artigo 217-A, com a expressa previsão da proibição de prova em contrário e da responsabilidade penal objetiva, conota na mais pura violação do princípio da presunção da inocência.

Ora, conforme aponta Cordazzo, “ao proteger de maneira irrestrita e desmedida os vulneráveis, a referida norma acaba por responsabilizar objetivamente o suposto ofensor”⁷⁵, estabelecendo, portanto, uma condenação antecipada, prematura, haja vista que o agente nada poderá fazer para afastar de si a imputação do delito, pois por haver a responsabilidade objetiva, impossibilitado estará de produzir provas favoráveis a si, isto é, o ato de produzir provas se mostrará um ato inócuo, tendo em vista a presunção absoluta da vulnerabilidade.

Portanto, além de mostrar-se em desconformidade com a jurisprudência, doutrina e com a realidade sociocultural do país, a norma fere preceitos constitucionais, porque não atende ao devido processo legal, posto que o acusado de ter praticado o delito previsto no artigo 217-A, do Código Penal, não teria possibilidade alguma de defender-se, restando-se culpado desde o início, tendo, então, como regra a presunção de culpabilidade do suposto ofensor; nada mais é que uma pura inconstitucionalidade.

6.3 Liberdade Sexual: Mudança Paradigmática do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Como outrora tratado neste trabalho, todo o ordenamento jurídico deve estar em consonância, formando-se, então, uma unidade. Isto é, partindo-se d’uma análise sistemática, inadequado seria se houvessem no ordenamento jurídico brasileiro normas ou preceitos que se contradizem, haja vista quebrar-se a unicidade e permitir, por conseguinte, inconsistências normativas.

⁷⁵CORDAZZO, KARINE. **A Superação da Presunção Absoluta no Estupro de Vulnerável: Uma Análise Sob o Prisma do Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Anais do V Congresso Nacional da FEPODI. Organização FEPODI/CONPEDI/UFMS. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/9AN70IVns7TcD3hd.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019, s. p.

Posto isso, de suma importância se faz enfrentarmos a mudança paradigmática preconizada pela Lei nº 13.146/15, esta que ficou famigeradamente conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tal lei aponta em seu 2º artigo que “Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Ainda, o Estatuto da Pessoa com Deficiência aponta em seus artigos 6º e 8º que:

Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

[...]

Art. 8º **É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.** (grifo nosso)

Ora, se a deficiência não afeta a plena capacidade de o indivíduo exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, percebe-se que ao analisar tal premissa com o que nos prescreve o artigo 217-A, do Código Penal, tem-se que o legislador acabou por adotar a teoria *juris tantum* em relação aos indivíduos com deficiência, tendo, num primeiro momento, a ideia de que ele possui a plena capacidade para praticar atos sexuais.

Por conseguinte, a análise do estupro de vulnerável não se pauta tão somente no enquadramento objetivo do sujeito, sendo imperioso, além da constatação da deficiência, que ele, de fato, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, como nos prescreve o §1º do artigo 217-A, do Código Penal.

No entanto, com o incremento trazido pela Lei nº 13.718/18, retira-se a liberdade e a autonomia até do deficiente, haja vista que lhe é tolhido a possibilidade de consentir com a relação sexual. A mudança que o Estatuto da Pessoa com Deficiência nos trouxe baseava-se em almejar a valorização da dignidade e liberdade dos deficientes, inclusive no âmbito sexual.

Mais uma vez constata-se que a alteração feita à vulnerabilidade penal é eivada de inconsistências, seja a sua inadequação social ou, até, a quebra da unicidade do ordenamento jurídico, aviltando, inclusive, preceitos constitucionais, assim como assevera-nos Bittencourt⁷⁶:

Tratando-as indignamente, ao ignorar seus direitos à sexualidade, e, especialmente, ao seu livre exercício, que também é assegurado constitucionalmente; desconheceu que elas, como seres humanos, são portadoras de aspirações e sentimentos próprios de seres dessa natureza, que buscam, dentro de suas limitações, levar uma vida dentro da normalidade.

Há, portanto, uma incompatibilidade entre os direitos sexuais prescritos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e o §5º do artigo 217-A, do Código Penal, haja vista que aquele nos aponta a autonomia do deficiente para a prática de atos sexuais, enquanto que este afirma que o consentimento da vítima pouco importa para auferir a vulnerabilidade.

Desta forma, enquanto que o Estatuto da Pessoa com Deficiência reconhece os indivíduos com deficiência como seres humanos, estes que possuem necessidades e, num primeiro momento, capacidade para o exercício de seus direitos sexuais, o Código Penal os veem apenas como seres vulneráveis, destituídos de discernimento para consentir com os atos sexuais.

Destarte, mais uma vez se afirma que, em prol de todos os direitos consagrados na constituição e, até, em tratados internacionais⁷⁷, não pode o legislador impor certezas absolutas no direito penal, devendo ser necessária uma

⁷⁶BITTERN COURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 106.

⁷⁷Temos, como exemplo, a Convenção de Nova Iorque que versa sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, prescrevendo, em seu artigo 3º que “Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) A não-discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades; f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

análise cuidadosa sob o contraditório, permitindo-se, então, a liberdade das pessoas em suas vidas pessoais, assim como também não deixaria impune os casos onde há de fato um crime, mas, acima de tudo, não teríamos a responsabilidade objetiva de um agente, muito menos tolheríamos a autonomia dos indivíduos.

7 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho viabilizou-nos um melhor entendimento sobre o crime descrito no artigo 217-A, do Código Penal, baseando-se em um dos seus pontos mais discutidos – sobre a vulnerabilidade no âmbito penal -, permitindo-nos ampliar além de uma mera análise jurídica, adentrando no campo da multidisciplinariedade, haja vista relacionarmos o campo penal com os aspectos socioculturais e, ainda, com questões sobre o desenvolvimento psíquico do menor de 14 anos.

Desta forma, ao analisarmos o direito como um mecanismo da sociedade, tendo, para tanto, que analisá-lo sob o viés de toda uma sociedade em si considerada e, ainda, dos indivíduos que a compõe, percebemos o quão desconectado a lei se mostra deles em alguns casos. Isto é, o legislativo pode vir por se mostrar alheio à sociedade da qual regula, e assim se restou comprovado com o presente estudo, ainda mais com a breve análise sobre as questões psicológicas e sexuais que circundam todo o contexto da problemática enfrentada.

Agora, com o intuito de instaurar-se uma revisão e reforçar a proposta do presente trabalho, contribuo com as seguintes proposições:

I) Num primeiro momento, a lei não apontava qual a natureza jurídica da vulnerabilidade apontada no crime com *nomen juris* de “estupro de vulnerável”. Portanto, a Doutrina levantou-se em, basicamente, duas vertentes, a saber: a vulnerabilidade deveria ser tida como absoluta, não cabendo qualquer tipo de prova em contrário e; a vulnerabilidade é relativa, isto é, a presunção de vulnerabilidade comportaria, portanto, relativização, poderia provar-se em sentido contrário.

Parece-nos mais adequado adotar a corrente que aponta pela vulnerabilidade relativa, haja vista atender às peculiaridades do caso concreto, não se mantendo alheia aos princípios esculpidos na constituição;

II) Apesar de não ser o intuito do trabalho criticar o legislador, este que, presumidamente, apenas buscou uma tutela efetiva da dignidade sexual dos indivíduos descritos no artigo 217-A, do Código Penal, devemos apontar a não razoabilidade em elencar um rol no artigo supramencionado dos tidos como vulneráveis e, ainda, presumir-se a vulnerabilidade de forma absoluta. Tal erro foi cometido com o advento da Lei n.º 13.718/18;

III) Estamos a viver numa outra sociedade, isto é, são outros tempos, não podendo o ordenamento jurídico e o legislador restarem-se retrógrados ou vendados à nova realidade, ou seja, não podem ignorar os avanços sociais, as mudanças. Tanto é, que ao adicionar o parágrafo 5º no artigo 217-A, do Código Penal, a Lei nº 13.718/18 apenas perpetrou um paternalismo jurídico, aviltando a ampla defesa, o contraditório, acarretando numa ingerência estatal na vida sexual dos indivíduos;

IV) Restou-se claro que a adolescência não é um mero momento de mudanças físicas, mas sim uma verdadeira etapa marcada por drásticas mudanças, sendo, inclusive, tida como um “novo nascimento” pelo psicólogo Hall. Ainda, há muito mais nesse período do que imaginamos, haja vista os diversos fatores de exposição, assim como as celeumas que os jovens enfrentam ao usarem substâncias tóxicas, ilícitas ou não;

V) A sexualidade é um aspecto do ser humano muito mais complexo do que se percebe num primeiro momento; cuida-se de um elemento da natureza humana. O direito ao livre exercício da sexualidade, sem quaisquer obstáculos ou freios (afora os casos de ilicitude) corrobora com o direito fundamental do ser humano de ser livre sexualmente. Assim, não poderia ser diferente com os adolescentes;

VI) Portanto, frente ao avanço sociocultural e a devida análise dos indivíduos e as peculiaridades de cada caso, mantendo-se a devida observância às questões psicológicas, aponto que a solução para a questão da vulnerabilidade deve pautar-se na presunção relativa. Além disso, respeitar-se-ia, também, o que nos preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto das Pessoas com Deficiência, pois não seria tolhido destes indivíduos tidos como vulneráveis a possibilidade de exercerem seus direitos sexuais, mantendo-se, então, a isonomia entre os cidadãos quanto aos seus direitos.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Felipe. **“Liberdade” sexual**. Disponível em: <https://cleofas.com.br/liberdade-sexual/>. Acesso em: 17 ago. 2019.
- AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Amapá. **APL 216905 AP**. Relator: CARMO ANTÔNIO. Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INNOCENTIA CONSILII. ABSOLVIÇÃO [...]. Data da publicação: DOE n.º 3684, 16 jan. 2006. Disponível em: <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19422173/apelacao-apl-216905-ap?ref=serp>. Acesso em: 29 out. 2019.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica y Crítica al Derecho Penal**. Buenos Aires, República Argentina: Siglo veintiuno editores Argentina s.a., 2002.
- BARROS, Francisco Dirceu. **A natureza jurídica da vulnerabilidade nos delitos sexuais**. Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/121941031/a-natureza-juridica-da-vulnerabilidade-nos-delitos-sexuais>. Acesso em: 31 mar. 2019.
- BARROS, Marilisa Berti de Azevedo et al. **Perfil do consumo de bebidas alcoólicas: diferenças sociais e demográficas no Município de Campinas**. Estado de São Paulo, Brasil, 2003. Epidemiol. Serv. Saúde, Brasília, v. 17, n. 4, p. 259-270, dez. 2008. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-9742008000400003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 31 ago. 2019.
- BBC. **70% das vítimas são crianças e adolescentes: oito dados sobre estupro no Brasil**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054>. Acesso em: 18 out. 2019.
- BITTERN COURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 abr. 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 03 abr. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do

Brasil, Brasília/DF, jul. 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). República Federativa do Brasil, Brasília/DF, set. 2018. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Saúde do adolescente: competências e habilidades** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 1.578-4-SP**. Relator: ELLEN GRACIE, Partes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PAULO CESAR DE OLIVEIRA LIMA, ÁLVARO FERRI FILHO E OUTROS. Ementa: INQUÉRITO. LEI Nº 8.137/90, ARTS. 1º E 2º. DENÚNCIA. REQUISITOS. CPP, ART. 41. CRIME SOCIETÁRIO [...]. Data do julgamento: 18 dez. 2003, data da publicação: 23 abr. 2004. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14743283/inquerito-inq-1578-sp>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 73662 MG**. Relator: MARCO AURÉLIO, Partes: MARCIO LUIZ DE CARVALHO E OUTROS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Ementa: ESTUPRO – CONFIGURAÇÃO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE DA VÍTIMA – NATUREZA [...]. Data de julgamento: 21 mai. 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: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg>. Acesso em: 28 out. 2019..

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 8.312-SP**. Relator: FERNANDO GONÇALVES, Partes: ANTÔNIO JOSÉ RIBAS PAIVA, JUIZ VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, DANILO RAMON HESPANHA. Ementa: HABEAS CORPUS. PERDA DO OBJETO [...]. Data do julgamento: 27 abr. 1999, data da publicação: 04 mar. 1999, p. 231. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/428409/habeas-corpus-hc-8312-sp-1998-0094549-0/inteiro-teor-100268299>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 450318 GO 2002/0090714-8**. Relator: MINISTRO FELIX FISCHER, Partes: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS, NILTON JONES FERREIRA DOS SANTOS. Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO FICTO. PRESUNÇÃO. QUESTÃO FÁTICA PREJUDICIAL. ERROR AETATIS [...]. Data do Julgamento: 13 de mai. 2003, Data de Publicação: DJ 23 de jun. 2003. RSTJ vol. 182, p. 455.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7421689/recurso-especial-resp-450318-go-2002-0090717-8/inteiro-teor-13071490>. Acesso em: 28 out. 2019.

CHAGAS, Edmar José. **A proteção da dignidade sexual ou paternalismo jurídico**: A propósito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85>. Acesso em 01 abr. 2019.

CONTE, Juliana. **Cuidados em saúde depois de um estupro**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/470882413/comportamento-da-vitima-no-estupro-dupla-penalizacao>. Acesso em: 17/08/2019.

CORDAZZO, KARINE. **A Superação da Presunção Absoluta no Estupro de Vulnerável**: Uma Análise Sob o Prisma do Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto da Pessoa com Deficiência. Anais do V Congresso Nacional da FEPODI. Organização FEPODI/CONPEDI/UFMS. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/9AN70IVns7TcD3hd.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

DE LARA, Maria Batista. Vulnerabilidade no art.217-A do Código Penal. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 11, n. 2, out. 2017. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/136>. Acesso em: 01 abr. 2019.

D'ELBOUX, Yannik. **Jovens começam a vida sexual cada vez mais cedo**; veja como agir. Disponível em: <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2015/05/19/jovens-comecam-vida-sexual-cada-vez-mais-cedo-veja-como-agir.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_650\)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_650)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf). Acesso em: 17 ago. 2019.

FERREIRA, V. & PORTELLA, A. P. **Marco teórico e referencial**: saúde sexual e saúde reprodutiva de adolescentes e jovens/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006.

Foucault M. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Tradução de Albuquerque MTC, Albuquerque JAG. 10a ed. Rio de Janeiro: Graal; 1988.

GARBIN, Aphonso Vinicius. **Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos da condenação**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao/>. Acesso em: 18 out 2019.

GOMES, Viviane. **Pesquisa da USP revela que o jovem inicia cedo a vida sexual**. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/pesquisa-da-usp-revela-que-o-jovem-inicia-cedo-a-vida-sexual/>. Acesso em: 05 mar. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte especial**. 8.ed. Niteroi: Impetus, 2011. v.3.

GUGELMIN, Matheus & ROMANO, Patrícia. **Comportamento da vítima no estupro: dupla penalização**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/470882413/comportamento-da-vitima-no-estupro-dupla-penalizacao>. Acesso em: 17 ago. 2019.

LARANJEIRA, Ronaldo. **Efeitos do álcool. Entrevista**. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/entrevistas-2/efeitos-do-alcool-entrevista/>. Acesso em: 31 ago. 2019

LAYDEN, Mary ANNE. **The social cost of pornography: A statement of findings and recommendations**. Disponível em: <https://cleofas.com.br/prejuizos-da-pornografia-para-a-juventude/>. Acesso em: 31 mar. 2019.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072008000200003/. Acesso em: 17 ago. 2019.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado. 6.ed**. Rio de Janeiro: Método, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte especial: arts. 121 a 234 do CP**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 1998. v.2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte especial: Arts. 121 a 234-B do CP**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MUUSS, Rolf. **Teorias da adolescência**. Interlivros. Belo Horizonte, 1976.

NETO, Antônio Luiz Machado. **Sociologia Jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

NORONHA, E. Magalhães. **Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transportes e outros serviços públicos**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.3.

OERTER, Rolf & DREHER, Eva. "**Jugendalter**", em: Rolf Oerter & Leo Montada, *Entwicklungspsychologie* (5. ed., vollst. überarb. Aufl.). Weinheim: Beltz, 2002.

PELLEGRINI, Marcelo. **Paternalismo jurídico brasileiro atinge liberdade individual**. Disponível em: <http://www.usp.br/agen/?p=64173>. Acesso em: 05 abr. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte especial: arts. 184 a 288**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.3.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal: volume 2: parte especial**. 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REDAÇÃO E-COMMERCE BRASIL. **Crianças do Brasil passam 50% mais tempo na internet do que a média global.** Disponível em:

<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/criancas-do-brasil-passam-50-de-tempo-mais-na-internet-do-que-media-global/>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SEÇÃO JURISPRUDÊNCIA. **Decisão recente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul traz entendimento sobre a relatividade no conceito de vulnerável estabelecido no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro.** Disponível em: <http://profeanaclaudialucas.blogspot.com/p/secao-jurisprudencia.html>. Acesso em: 05 abr. 2019.

SHAFFER, David R. **Psicologia do Desenvolvimento: Infância e Adolescência.** 6ª Edição, Thomson. São Paulo- Brasil, 2005.

SPRINTHALL, N. & COLLINS, A. W. **Psicologia do Adolescentes: Uma abordagem desenvolvimentista.** Lisboa. Fundação Calouste Goulbenkian, 1994.

SUDRÉ, Lu. **Pesquisas realizadas entre jovens indicam que a cultura do machismo e a violência contra a mulher no Brasil podem ser diminuídas por meio de processos educativos.** Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/edicao-atual-entreteses/item/2590-um-estupro-a-cada-11-minutos>. Acesso em: 18 out. 2019.

TAQUETTE, S. R. & VILHENA, M. M. **Homossexualidade e Adolescência.** *Pediatria Atual.* v. 16, 2003, sp. Disponível em: http://www.nesa.uerj.br/download/HOMO_ADOL.pdf. Acesso em: 30. out. 2019.