

Tema:
**Neurociência e Inteligência artificial:
As novas interfaces do conhecimento**



ESTUPRO DE VULNERÁVEL: NORMAS E PRINCÍPIOS

Ana Julia Jorge TASSINARI¹
Jurandir José dos SANTOS²

RESUMO: Trata-se o presente trabalho da evolução normativa do ordenamento jurídico pátrio, acerca do crime de estupro de vulnerável, bem como de normas internacionais que tutelam crianças e adolescentes, em situação de vulnerabilidade, de todos os tipos de abuso sexual. Além disso, busca expor o tratamento penal dado a tal delito, por outras nações, comparando o Código Penal delas, com o brasileiro, e pontuando cada peculiaridade fazendo juízo de valor acerca do dispositivo normativo. Por fim, demonstra a importância do princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, e como sua aplicação deve se dar de maneira absoluta e implacável no sistema de justiça brasileiro, e como sua violação geraria grave precedente jurídico, atentando contra a dignidade da criança e do adolescente.

Palavras-Chave: Constituição Federal. Criança. Adolescente. Estupro de Vulnerável. Proteção Integral.

1 INTRODUÇÃO

Os crimes sexuais contra vulneráveis, em especial contra crianças e adolescentes, vem tomando grande relevância nos últimos anos, em decorrência do enorme crescimento que se debruça no tema. O estupro de vulnerável é o principal crime que atinge tais sujeitos, devido a globalização e grande difusão dos meios de

¹ A autora é graduanda no Curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: anatassinari@toledoprudente.edu.br

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Promotor de Justiça. E-mail: jurandirjsts@hotmail.com. Orientador do trabalho.

comunicação no mundo, tal crime vem tomando uma abrangência monstruosa, e na maioria das vezes silenciosa, pois é ainda, nos atuais tempos, tratado como tabu.

A estigmatização da vítima, e o abafamento dos casos é a principal causa da perpetuação e reincidência em tais crimes, aliado ao fato que as atuais leis brasileiras, comparadas aos dados atuais da ocorrência desse crime, e as legislações estrangeiras, como a do Uruguai, não impedem a reincidência destes crimes, e muito menos punem de maneira eficaz e correta, causando uma proteção deficiente as crianças e adolescentes vítimas de tal delito.

A pedofilia é, além de uma doença, uma cultura que se alastra pelo país, muitos criminosos não são pedófilos, mas cometem os crimes pela influência da hiper sexualização que a sociedade impõe a crianças e adolescentes, em especial mulheres, com ajuda dominante da pornografia. Isso de maneira alguma justifica os crimes, só alerta ainda mais para a direção que se deve caminhar, que é a desconstrução de tal cultura de hiper sexualização e “adultificação” de crianças e adolescentes. Tais delinquentes, representam perigo extremo a sociedade, se colocados em livre convívio social, uma vez que estes indivíduos expõem a risco todas as crianças e adolescentes com quem convivem.

O sistema jurídico pátrio, estabelece uma tripartição de responsabilidade entre família, sociedade e o Estado, instituído pela Constituição Federal no artigo 227, para a proteção de crianças e adolescentes, e ainda, institui um princípio norteador de tal tutela, que se sobressai a qualquer outro, num conflito de interesses, o chamado Princípio da Proteção Integral das Crianças e Adolescentes.

A salvaguarda dos direitos da criança e do adolescente, sobretudo a dignidade sexual intacta, não pode ser deficiente, tampouco mediana, pois a própria Magna Carta do Estado brasileiro estabeleceu que tal proteção deve ser integral, sob pena de feri-la de forma grave, a gerar prejuízos irreparáveis na vida de tais cidadãos.

Por essa razão, urge a necessidade de se adotar um tratamento penal extremamente severo a tais delinquentes, que praticam o estupro de crianças e adolescentes, pois somente assim haverá o cumprimento do mandamento constitucional na sua integralidade.

Não há como se ignorar as terríveis e perversas consequências causadas por tal crime na vida dos infantes, por isso, o Estado com seu poder

Soberano de proteção, deve incidir através da lei penal, de modo constante, abrangente e rígido, maneira a impedir o acontecimento e reincidência de tal delito com punições alternativas as atuais, que se mostram insustentavelmente falhas perante a real situação fática.

Tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades, deve compor o cenário jurídico normativo a embasar o tratamento penal de tal delito para esses delinquentes, os pedófilos, somente assim se concretizará o direito do infante de ser integralmente tutelado e resguardado de qualquer lesão ao seus bens jurídicos, componentes de sua vida, em especial a dignidade sexual, garantindo um desenvolvimento sadio em suas mais diversas especificações, e livre de turbações irreversíveis e evitáveis.

2 HISTÓRICO E NORMA

A legislação brasileira, no sentido da tipificação de crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis, em especial no tocante a crianças e adolescentes, começou com o Código Filipino (Planalto, 1603), que esteve em vigência durante o ano de 1603 até 1830, na época colonial brasileira. Tal código, que tipificava as condutas criminosas, não utilizava a rubrica "estupro", e a previsão legal, para a conduta de prática conjunção carnal de maneira forçada e violenta com outrem, era conhecida sob o título de "Dos crimes contra os costumes", e punia o infrator com pena de morte. No prisma da época, não se visava a tutela da dignidade sexual dos indivíduos em si, mas sim a da moralidade social vigente, portanto, a prática sexual era aceita, mas sob o crivo dos costumes da sociedade, como o próprio Código Filipino dispunha em seu título supracitado.

A partir de 1830, o Código Criminal do Império (Planalto, 1830) entrou em vigência, sendo pioneiro na utilização do termo "estupro" como *nomen iures* para um delito, mas é importante frisar que não era apenas sinônimo da conduta que é atualmente tipificada como tal, mas também de outros tipos penais que atentavam contra a integridade sexual da vítima. O código previa em seus artigos 219, 220, 221, 222, 223 e 224, crimes que se localizavam na sessão "estupro", e os que chamam atenção por conterem um início de proteção a crianças e adolescentes, são os artigos 219, 220 e 224, assim:

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

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

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

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.

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

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

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

É notável que a idade de consentimento expressa pelo Código Criminal do Império, era de 17 anos de idade, punindo aqueles que praticassem conjunção carnal com menores dessa idade, desde que tal adolescente fosse virgem.

No artigo 220, evidencia-se que tais crimes, de modo recorrente se davam dentro do convívio familiar da vítima, e com pessoas que tinham poder sobre ela, ou sua guarda, demonstrando assim, que desde a origem da história do país, o crime de estupro de vulnerável é cometido no seio familiar da vítima, por aqueles que com ela tenham laços familiares afetivos ou sanguíneos, e o legislador penal, desde tal época, procurou coibir tal conduta dentro desse ambiente.

Em 1890, entrou em vigência o Código Penal Republicano (Planalto, 1890), que consagrou a expressão “estupro” dentro do ordenamento jurídico, dirigindo-se tal rubrica apenas ao ato de praticar conjunção carnal com outrem mediante violência ou grave ameaça, marcando sim a história dos crimes contra a dignidade sexual em geral. O que mais chama atenção nesse sistema normativo, é que ele instruiu em seu artigo 269 o conceito de violência para fins de estupro, não reduzindo a conduta apenas a *vis corporalis*, mas incluindo nela também a privação das faculdades psíquicas, de modo a impedir resistência por parte da vítima.

Mas tardar, em 1940, surgiu o atual Código Penal (Planalto, 1940), de autoria de Nelson Hungria, que tipificava o crime de estupro, em seu artigo 213, como “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.”. Frisa-se que desde os proêmios da legislação penal, o sujeito passivo dos delitos contra a dignidade sexual era apenas e tão somente a mulher.

O supradito código, não tipificava a conduta de estupro de vulnerável, mas se limitava a previsão de uma presunção de violência, transcrita no artigo 224, “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer

outra causa, oferecer resistência”. Observa-se que a idade de consentimento, que antes no Código Criminal do Império era de 17 anos de idade, diminuiu para 15 anos de idade, além disso, o Código de 1940, em sua letra inalterada, já trás indícios fortíssimos daquilo que se tornaria o crime de estupro de vulnerável.

Apesar de conceder certa tutela aos vulneráveis, o Código Penal ainda era deficiente, pois não apresentava a devida integral proteção, não abrangia o sujeito passivo masculino, trazia dúvidas acerca da criminalização da conduta de estupro quanto as que já tinham experiências sexuais anteriores ao crime, e presumia a violência, mesmo que ela não existisse no caso concreto.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (Planalto,1988), houve a instituição do princípio da proteção integral a criança e ao adolescente, no artigo 227, que em seu § 4º, dispõe que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Fica mais que evidente, que a tutela penal tida até aquele momento, no que tange aos delitos de natureza sexual contra crianças e adolescentes, era de extrema insuficiência, urgia a necessidade de uma lei penal que criminalizasse de forma severa, como aduz Magna Carta, tais delitos, e não que se pautassem meramente em presunções ineficazes.

Para pôr fim em tais carências apresentadas pela lei penal, editou-se a Lei nº 12.015 (Planalto,2009), de 2009 que promoveu alterações no Código Penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Planalto,1990), e na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.0790, Planalto, 1990), alterando o Título VI do Código Penal da nomenclatura “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, demonstrando realmente o bem jurídico tutelado por tais delitos, se ajustando ao preceito fundamental da Constituição Federativa do Brasil, como afirma Rogerio Grecco (2009, p. 134):

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal.

O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois, através de uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas

Para além disso, a lei finalmente trouxe a tipificação do delito de estupro de vulnerável, em seu artigo 217-A, elidindo a figura do antigo artigo 224, que trazia a presunção de violência, sendo esta por sua vez, substituída por presunção de vulnerabilidade absoluta da vítima menor de 14 anos.

2.1 Cenário Legislativo atual

O atual ordenamento jurídico, através da alteração produzida pela Lei nº 12.015/2009 (Planalto, 2009), prevê no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, o delito denominado de “Estupro de Vulnerável”, que tipifica a conduta de praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos, lhe impondo uma pena de 08 a 15 anos de reclusão.

Portanto, atualmente no Brasil, todo aquele que busca satisfazer sua lascívia através de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de quatorze anos, comete o crime de estupro de vulnerável.

Ainda, se de tal conduta resultar lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão de 10 a 20 anos (§ 2º), caso resulte morte, a pena é ainda mais grave, de 12 a 30 anos de reclusão (§ 4º). O § 5º do tipo penal, deixa claro que tais penas serão aplicadas “independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”, o que significa um grande avanço, que blindou as vítimas de entendimentos divergentes, a ser comentado abaixo.

O bem jurídico tutelado pelo aludido tipo penal, na figura do *caput*, é a dignidade sexual de crianças e adolescentes menores de 14 anos, o direito de ter um desenvolvimento pleno e livre de turbações abusivas, tutelando a integridade física e psicológica do vulnerável no âmbito sexual. Deste modo, é notória a preocupação do legislador, em garantir as crianças e adolescentes vulneráveis, o direito a um crescimento saudável, livre de danos físicos e psicológicos, que possam trazer traumas severos a vida de tal indivíduo, alguns até irreversíveis, que trazem consequências desmedidas a vida adulta da pessoa vítima de tal crime.

Dessa maneira, cumpriu bem o mandamento constitucional constante no artigo 227, *caput* e § 4º, o qual diz expressamente, que é dever do Estado, colocar crianças e adolescentes a salvo de toda forma de violência, crueldade e abuso.

No que diz respeito ao sujeito ativo o crime de estupro de vulnerável é comum, ou seja, pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, somente há uma exceção, que no que diz respeito a modalidade “ter conjunção carnal”, o crime é próprio, uma vez que para o ato ocorrer, pressupõe-se uma relação heterossexual. Na sujeição passiva, figura toda pessoa humana menor de 14 anos, que por conta da idade é considerada vulnerável, frisa-se eu tal dado objetivo não comporta flexibilização, uma vez que o legislador desejou proibir qualquer envolvimento sexual com menores de 14 anos.

A presunção de vulnerabilidade que abarca tal tipo penal, é decorrente de um incompleto desenvolvimento físico, moral e mental dos menores de 14 anos, por não estarem aptos a desenvolver atividades sexuais, sem que tal prática lhes traga danos psicofísicos, e ainda, por não possuírem compreensão suficiente de tais atos, razão esta pela qual não podem oferecer resistência. Dessa maneira, a lei não deu valor jurídico ao consentimento dos vulneravelmente considerados, ou seja, em tais pessoas é ausente vontade penalmente relevante, sendo insignificante o dissenso da vítima para a caracterização de tal delito, e conseqüentemente, o aperfeiçoamento do delito independe do emprego de violência ou grave ameaça.

Além disso, é importante frisar que pouco importa se a vítima, antes da prática delituosa, já tinha uma vida sexual ativa, ou mantinha relação amorosa com o agente, tais fatos não excluem o crime e muito menos devem servir para atenuar a pena. Existiram posicionamentos jurisprudenciais, mesmo depois da edição do artigo 217-A, que contrariavam tais afirmações, no sentido de tornarem tal prática delitiva atípica, se a vítima consentiu tal relação bem como tinha vasto histórico de práticas sexuais, inclusive recebendo recompensa financeira em troca, as quais:

EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL ESTUPRO DE VULNERÁVEL SENTENÇA ABSOLUTÓRIA INSURGÊNCIA MINISTERIAL PEDIDO DE CONDENAÇÃO NÃO ACOLHIDO VÍTIMA QUE CONSENTIU COM O ATO SEXUAL ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO RECURSO IMPROVIDO. O legislador infraconstitucional, ao prever o estupro de vulnerável (CP, artigo 217-A) consubstanciado tão somente na prática sexual com menor de quatorze anos ou deficiente ou enfermo mental, considerou como sujeito passivo alguém absolutamente vulnerável, ou seja, dotado de vulnerabilidade máxima. A singeleza da conduta tipificada ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso contrastante com a pena cominada oito a quinze anos de reclusão claramente destina-se à preservar a dignidade sexual de vítima altamente vulnerável, sendo aceitável que assim seja. Mas a realidade prática pode não se apresentar com toda essa gravidade. É possível, em outros termos, que tenhamos, in concreto, vulnerabilidade relativa em

sujeitos com idade ou deficiências previstas no referido dispositivo legal, em razão de circunstâncias ou peculiaridades pessoais ou particulares, de modo que a conjunção carnal ou outro ato libidinoso praticados com tais sujeitos não atentará contra suas dignidades sexuais. Restando plenamente demonstrado que o réu e a vítima, menor de 14 anos, mantiveram relacionamento amoroso, inclusive consentido respectivos familiares, e, nesse contexto, contrário à presunção de vulnerabilidade absoluta, resolveram praticar ato sexual, que acabou por não ofender a dignidade sexual da vítima, muito menos prejudicar-lhe a evolução ou o desenvolvimento de sua personalidade, não seria justo ou razoável condenar aquele primeiro ao cumprimento de 08 anos de reclusão, sendo imperiosa a absolvição. Recurso não provido. (TJMS, 2016).

O julgado acima colacionado, é do ano de 2016, ou seja, mesmo após a edição do crime de estupro de vulnerável, e a instituição da invalidade do dissenso da vítima menor de 14 anos, ainda havia tribunais que sustentavam tese contrária, logo, em 2018 a Lei nº 13.718 (Planalto) adicionou o § 5º ao tipo penal do 217-A, que extirpou tais entendimentos. Nesse sentido, julgou o Superior Tribunal de Justiça, no qual se firmou o Tema 918 do Recurso Repetitivo:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (...) Com efeito, o fato de alterações legislativas terem sido incorporadas pela Lei 12.015/2009 ao “Título IV – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, especialmente ao “Capítulo II – Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável”, do CP, estanca, de uma vez por todas, qualquer dúvida quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no caput do art. 217-A, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, de anterior experiência sexual ou da existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente. Isso porque, a despeito de parte da doutrina sustentar o entendimento de que ainda se mantém a discussão sobre vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, o tipo penal do art. 217-A do CP não traz como elementar a expressão “vulnerável”. É certo que o nome iuris que a Lei 12.015/2009 atribui ao citado preceito legal estipula o termo “estupro de vulnerável”. Entretanto, como salientado, a “vulnerabilidade” não integra o preceito primário do tipo. Na verdade, o legislador estabelece três situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, dentre elas: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta. [...] Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos. (...). O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1.º do art. 217-A do Código Penal. Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima”. Dessa forma, não se pode qualificar ou etiquetar comportamento de crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da

vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias, em alguma medida, justificasse os crimes sexuais perpetrados. Esse posicionamento, todavia, implica a impropriedade de se julgar a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o agente. Refuta-se, ademais, o frágil argumento de que o desenvolvimento da sociedade e dos costumes possa configurar fator que não permita a subsistência de uma presunção que toma como base a *innocentia consilli* da vítima. Basta um rápido exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que o caminho da “modernidade” é antípoda a essa espécie de proposição. Deveras, de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluiu-se, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento físico, mental e afetivo do componente infantojuvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal. Assim é que novas tipificações vieram reforçar a opção do Estado brasileiro – na linha de similar esforço mundial – de combater todo tipo de violência, sobretudo a sexual, contra crianças e adolescentes. É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure considerar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas. Além disso, não há que se falar em aplicação do princípio da adequação social, porquanto no julgamento de caso de estupro de vulnerável deve-se evitar carga de subjetivismo, sob pena de ocorrência de possíveis danos relevantes ao bem jurídico tutelado – o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes – que, recorde-se, conta com proteção constitucional e infraconstitucional, não sujeito a relativizações. [...] Ressalta-se, por fim, que praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre um adulto e um adolescente – e, mais ainda, com uma criança – e tipificam como crime a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido”. (STJ, 2015).

No que diz respeito aos núcleos do tipo, existem duas condutas, “ter conjunção carnal”, que consiste na introdução total ou parcial do pênis na vagina, e “praticar outro ato libidinoso”, que se traduz em desempenhar ações que contenham conotação sexual, como por exemplo o sexo oral, toques íntimos, masturbação, dentre outros. No entanto, há uma divergência na doutrina acerca de imprescindibilidade do contato sexual ser físico, entre o agente e a vítima, o renomado jurista Cleber Masson (2023), advoga no sentido de que o crime de estupro de vulnerável não depende do contato na presença física do autor e da vítima, podendo consumir-se através do meio virtual, posição essa adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC 478.310/PA, relator. Min. Rogério Scheidt, 6.^a Turma, julgado em 09/02/2021, noticiado no Informativo 685:

O mentor intelectual dos atos libidinosos responde pelo crime de estupro de vulnerável. Discute-se a possibilidade de não tipificação do estupro de vulnerável em virtude da ausência de contato físico entre o agente e as vítimas. No caso, as instâncias de origem delinearão e reconhecerão a ocorrência de todos os elementos contidos no art. 217-A do Código Penal, com destaque à qualidade de partícipe do réu, diante da autoria intelectual dos delitos, bem como da prescindibilidade de contato físico direto para a configuração dos crimes. Sobre o tema, frisa-se que é pacífica a compreensão de que o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por este Superior Tribunal de Justiça. Doutrina e jurisprudência sustentam a prescindibilidade do contato físico direto do réu com a vítima, a fim de priorizar o nexos causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida. Ressalta-se que os precedentes desta Corte já delinearão a chamada contemplação lasciva como suficiente para a configuração de ato libidinoso, elemento indispensável constitutivo do delito do art. 217-A do Código Penal. A ênfase recai no eventual transtorno psíquico que a conduta praticada enseja na vítima e na real ofensa à sua dignidade sexual, o que torna despendida efetiva lesão corporal física por força de ato direto do agente. Nesse sentido: HC 611.511/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma., DJe 15/10/2020 e RHC n. 70.976/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, DJe 10/08/2016. (...) Na situação em exame, ficou devidamente comprovado que o acusado agiu mediante nítido poder de controle psicológico sobre as outras duas agentes, dado o vínculo afetivo entre eles estabelecido. Assim, as incitou à prática dos atos de estupro contra as infantes (ambas menores de 14 anos), com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual, as quais permitiram a referida contemplação lasciva e a consequente adequação da conduta ao tipo do art. 217-A do Código Penal. Por fim, cumpre registrar que esta Corte Superior também reconhece a prática do delito de estupro no qual o agente concorre na qualidade de partícipe, tese que se coaduna com parte da fundamentação lançada pelo Juízo de origem e que, igualmente, se amolda ao caso dos autos. (STJ, 2021).

Assim sendo, a atual jurisprudência caminha no sentido de que é possível a ocorrência de estupro de vulnerável a distância, através dos meios eletrônicos de comunicação, sem qualquer tipo de contato corporal entre o criminoso e a vítima, todavia, é imprescindível que haja envolvimento físico desta no ato libidinoso, a exemplo da prática de automasturbação. A vista disso, foi editada a lei 13.431/2017 (Planalto, 2017), que inseriu no ordenamento jurídico um sistema de garantia de direito da criança e do adolescente, vítima ou testemunha de violência, regulamentada pela resolução 299/2017 do Conselho Nacional de Justiça (Planalto, 2017), que define em seu artigo 4º, III, a), violência sexual, tonando indubitável a prática de estupro de vulnerável virtual:

Art. 4.º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência: (...)
III – violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou

qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda:

a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro.

Além disso, leciona Cleber Masson (2024, p. 67), a respeito do tema:

Na linha da posição do Superior Tribunal de Justiça, é preciso destacar que o estupro de vulnerável (e também o estupro) realmente não depende do contato físico entre o agente e a vítima. Em nossa opinião, entretanto, não se pode dispensar o envolvimento físico desta no ato sexual, mediante a prática de ato libidinoso (exemplos: automasturbação, relação sexual com animais etc.).

Em que pese haja entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade da ocorrência de estupro de vulnerável virtualmente, através de um entendimento sistemático e principiológico, o legislador silenciou acerca do tema no tipo penal, portanto, urge a necessidade da positivação de tal viabilidade, diante da sociedade de informação e de globalização atual, onde este crime é reiteradamente consumado no meio virtual, diariamente, pois tal meio oportuniza ao delinquente, muitas vezes a impunidade do agente.

Desse modo, visando dar maior campo de aplicabilidade ao tipo penal, abrangendo maior tutela da dignidade sexual e psicofísica das crianças e adolescentes vulneráveis, devia o legislador inserir no artigo 217-A, a prática de tal crime através do meio virtual, a fim de extirpar tal dúvida nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, e concretizar a maior efetividade da tutela constitucional integral da criança e do adolescente.

A Lei nº 8.072/90 (Planalto, 1990), com a redação dada pela Lei nº 12.015/09 (Planalto, 2009), classifica o crime de estupro de vulnerável como crime hediondo, ou seja, um crime vil, repulsivo, pavoroso, que provoca tão intensa agressão aos bens jurídicos penalmente tutelados por ele, que merece tratamento penal especial, no sentido de ter-se para com ele uma maior rigorosidade, pois é abjeto, tanto aos olhos do legislador penal, quanto aos olhos da sociedade.

Por tal razão, o argumento acima sustentado (de que o crime de estupro de vulnerável não pode carecer da devida tutela penal, nele devendo incluir-se sua prática pelo meio virtual) toma potência e intensidade, pois se o próprio legislador considera tal crime de extrema gravidade, não pode ele ter uma tutela penal

deficiente no sentido de gerar dúvidas acerca de sua aplicação em determinados casos repetitivos, sendo flexibilizado pela jurisprudência.

2.2 Direito comparado: Argentina, Uruguai e República Dominicana

Ao observar-se as legislações estrangeiras, acerca do crime de estupro de vulnerável, é de fácil percepção que a maioria dos países reprime tal prática, mas ainda existem inúmeras diferenças entre eles no tratamento penal e na idade de consentimento prevista por eles. A Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989), é um tratado internacional adotado pela assembleia da Organização das Nações Unidas em 1989, que entrou em vigor em dois de setembro de 1990, é um dos instrumentos acerca de direito humanos mais aceito das histórias do mundo, tendo sido ratificado por 196 países, dentre eles o Brasil, a Argentina, o Uruguai e a França.

A convenção estabelece uma serie de parâmetros para orientação política dos Estados signatários, visando o desenvolvimento individual, social e saudável da infância, livre de todas as formas de violência, inclusive a sexual. Em seus artigos 19 e 34, a convenção preleciona medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais a serem adotadas pelos Estados membros, a fim de coibir a violência sexual contra crianças:

19

1. Os Estados Partes devem adotar todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, ofensas ou abusos, negligência ou tratamento displicente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do tutor legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção devem incluir, quando cabível, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais visando ao provimento do apoio necessário para a criança e as pessoas responsáveis por ela, bem como para outras formas de prevenção, e para identificação, notificação, transferência para uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos de maus-tratos mencionados acima e, quando cabível, para intervenção judiciária.

34. Os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Para tanto, os Estados Partes devem adotar, em especial, todas as medidas em âmbito nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

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

Além disso, o artigo 39 da mesma convenção prevê que os Estados membros devem adotar medidas de proteção total e reintegração de crianças vítimas de qualquer violência, inclusive da sexual:

39. Os Estados Partes devem adotar todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física e psicológica e a reintegração social de todas as crianças vítimas de: qualquer forma de negligência, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados. A recuperação e a reintegração devem ocorrer em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança.

Portanto, há um reconhecimento jurídico universal da importância da tutela absoluta dos direitos da criança, sobretudo no que diz respeito a impedir todas as formas de violência perpetrada contra tal grupo, com especial ênfase ao combate dos abusos sexuais. Visto isto, todos os países signatários de tal convenção devem se comprometer a tutelar veementemente tal direito, de forma imperiosa, a garantir a não violação sexual de tais crianças, e se na ocorrência de abusos, disponibilizar todos os meios possíveis de recuperação e reintegração social a elas.

No que tange a legislação penal dos países signatários de tal convenção, todos eles preveem como crime o estupro de vulnerável, com diferentes nomenclaturas, mas há diversas divergências no tratamento penal dispensado a tal crime, bem como na idade de consentimento prevista por tais países.

A Argentina prevê como idade de consentimento 13 anos, ou seja, qualquer relação sexual praticada com menores de treze anos é considerada ilícita e, portanto, estupro de vulnerável. Prevê o artigo 119 do Código Penal Argentino (Congreso de La Nacion Argentina, 1984):

Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.³

³ Será reprimido com reclusão ou prisão de seis (6) meses a quatro (4) anos o que abusar sexualmente de uma pessoa quando esta for menor de treze (13) anos ou quando mediante violência, ameaça, abuso coativo ou intimidatório de uma relação de dependência, de autoridade ou de poder ou aproveitando-se de que a vítima, por qualquer causa não possa consentir livremente com sua ação.

É notório que a pena estipulada para tal delito, de seis meses a quatro anos de reclusão, é muito inferior a pena prevista no Código Penal brasileiro, que é de oito a quinze anos de reclusão, porém, o artigo 124 do Código Penal argentino, prevê prisão perpetua para tal crime, se dele resultar a morte da vítima, diferentemente do Brasil, onde em tal caso somente haverá a qualificação do crime, aumentando a pena, de 12 a 30 anos de reclusão.

Já o Uruguai (Congreso de La Nacion Uruguay, 2006), prevê em sua legislação penal que a idade de consentimento da vítima é 15 anos, dispensando maior proteção, de maneira acertada, a esse grupo de vulneráveis, diferentemente do Brasil. Porém, o artigo 272 do mesmo diploma legal, prevê uma pena deficitária para esse delito, de dois a doze anos:

Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias y amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa :

1. Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos ;
2. Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halla, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad ;
3. Con persona arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia ;
4. Con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona.

Este delito se castiga, según los casos, con penitenciaría de dos a doce años.⁴

Em que pese a maioria dos países na América Latina tenham uma legislação razoável acerca da proibição de relações sexuais e atos libidinosos com crianças e adolescentes, a República Dominicana (Congreso de la República

⁴ O estupro é cometido por qualquer pessoa que compele uma pessoa do mesmo sexo ou de sexo diferente,

com violência e ameaças de sofrer conjunção carnal, mesmo que o ato não tenha sido consumado. A violência é presumida quando ocorre a conjunção carnal:

1. Com pessoa do mesmo sexo ou de sexo diferente, menor de quinze anos. No entanto, serão admitidas provas

Pelo contrário, quando a vítima tem doze anos;

2. Com pessoa que, por causas congénitas ou adquiridas, permanentes ou temporárias, se encontre no

momento da execução do ato, privado de discernimento ou vontade;

3. Com uma pessoa presa ou detida, desde que o culpado seja o responsável pela sua custódia ou custódia;

4. No caso de fraude, substituição do culpado por outra pessoa.

Este crime é punível, consoante o caso, com pena de prisão de dois a doze anos.

Dominicana, 1997) trás em seu Código Penal, uma especial de perdão judicial do agressor, se ele se casar com a vítima de seu crime:

Art. 356.- (Modificado por la Ley 24-97 de fecha 28 de enero de 1997 G.O. 9945). En caso de que el seductor se case con la agraviada, éste sólo podrá ser perseguido por la querrela de las personas que tienen calidad para demandar la anulación del matrimonio, y ser sólo condenado después que esta anulación hubiere sido pronunciada.⁵

Tal norma, constitui grave violação aos direitos humanos, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual a República Dominicana é signatária, e representa um grande risco a vida das crianças e adolescentes que naquele país residem, pois relativiza a violência, objetificando os corpos de tais vulneráveis, impondo como solução a tal crime o casamento com a vítima. O artigo, além de ser vil e repugnante, impõe a vítima uma nova situação de perigo, onde pode vir a ser violada a qualquer momento e reiteradas vezes, mas permitindo de certa forma tal abuso pelo simples fato de ser casada com o agressor. Observa-se que o dispositivo então cria uma permissão ao abuso sexual de crianças e adolescentes, estimulando assim tal prática naquele país, o que novamente, fere de forma absurda todas as normas internacionais de proteção as crianças e adolescentes, e de proteção aos direitos humanos.

Sob o panorama do continente americano, denota-se que o Brasil tutela de maneira mediana, mas não suficiente, a dignidade sexual de crianças e adolescentes, no que diz respeito ao estupro de vulnerável. Como será abordado mais a frente nesse artigo, há algumas deficiências legais quanto a essa proteção, especialmente no modelo de pena aplicável a tal delito, e na idade de consentimento admitida pelo país.

3 PRINCÍPIOS

A Constituição da República Federativa do Brasil, prevê em Capítulo VII “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso (Redação da EC

⁵ Art. 356.- (Modificado pela Lei 24-97 de 28 de janeiro de 1997 G.O. 9945). No caso de o sedutor se casar com a mulher lesada, só poderá ser processado mediante denúncia das pessoas que tenham capacidade para exigir a anulação do casamento, só podendo ser condenado depois de pronunciada essa anulação.

65/2010)”, no artigo 227 e incisos, o princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente:

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

Além da Constituição Federal, o dispositivo infraconstitucional que tutela os direitos de tal grupo social, o Estatuto da Criança e do Adolescente, preleciona em seus artigos 1º e 3º tal princípio, cabendo destacar este último:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (Brasil, 1990).

Tal princípio, prevê que a criança e o adolescente, por suas condições psicofísicas, deverão ser penalmente tutelados, de modo que nenhuma legislação poderá ser interpretada ou aplicada em prejuízo destes seres. Além disso, institui tal princípio, e o próprio artigo 227 da Constituição, a responsabilidade tripartida pelas crianças e adolescentes do país, que é da família, da sociedade e do Estado. Sob o prisma do aludido princípio, a norma torna-se um instrumento de exigibilidade dos responsáveis, o respeito máximo e inabalável aos direitos das crianças e dos adolescentes, criando assim uma rede de proteção para tais indivíduos.

Portanto, é importante frisar que tal princípio tem caráter absoluto, de modo que nenhuma regra normativa poderá prejudicar, ou ainda, tutelar de modo deficiente tais indivíduos. A razão de ser deste princípio baseia-se no fato da criança e do adolescente, serem considerados serem em fase de desenvolvimento, tanto físico, psicológico e social, e qualquer turbacão na esfera destes direitos, pode causar severos danos, muitas vezes irreversíveis e que perdurarão a sua existência toda, a vida de tais indivíduos.

Deste modo, quando a Magna Carta impôs a responsabilidade ao Estado, pela proteção integral das crianças e adolescentes, ela vedou tutela deficiente aos direitos desse grupo social, de tal modo, que além do Estado, a família e a sociedade, terem o dever constitucional de se abster de lesar direito desses indivíduos, devem, de forma maior ainda o Poder Público, promover políticas comuns, incluindo os diversos atores jurídicos e sociais, tais quais o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Defensoria Pública e o Conselho Tutelar, a fim de que propiciar um desenvolvimento pleno, de qualidade, e principalmente livre de toda forma de privação, opressão e violência a tal grupo.

Tal definição, não significa dizer que com base nesse princípio, as crianças e adolescentes são sujeitos que não tem capacidade cognitiva para conhecer seus direitos, ou até mesmo defendê-los exigindo seu devido cumprimento, mas sim que qualquer medida que envolva tais pessoas, deve em primeiro lugar, considerar o que de fato é melhor para elas. Nestes termos, afirma Munir Cury (2008, p. 36):

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.

Do princípio da Proteção Integral da Criança e do adolescente, deriva a doutrina e o princípio da primazia melhor interesse de tais indivíduos, que consiste em evitar que o bem estar do menor seja lesado, sob qualquer circunstância, devendo ter seus direitos privilegiados em detrimento de qualquer outro indivíduo, inclusive admitindo que em determinados casos, deixe-se de observar normas legais para que se atinja de forma absoluta o interesse desses sujeitos, respaldando-se a atuação nos limites em que a lei determinar.

Basicamente, a primazia do melhor interesse vem afirmar que em qualquer relação, seja ela jurídica ou social, deve-se sempre observar com prudência, o mais benéfico a criança e ao adolescente, mesmo que isto signifique sacrificar o bem jurídico da outra parte não pertencente a tal grupo social, pois parte-se da premissa da vulnerabilidade absoluta desses seres, que põe estarem em

condições peculiares e primárias de desenvolvimento, dependem da família, do Estado e da sociedade para assegurarem seus direitos, uma vez que não são juridicamente capazes a fazê-los. Nesse sentido, é interessante destacar que o Supremo Tribunal Federal, reitera em sua jurisprudência tal entendimento:

EMENTA: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO OU À EXPLORAÇÃO SEXUAL ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009. APLICABILIDADE DO ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE, INDEPENDENTEMENTE DA HABITUALIDADE DA CONDUTA. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. VEDAÇÃO A TODAS AS FORMAS DE VIOLÊNCIA, EXPLORAÇÃO OU ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. A Declaração dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas (1989), promulgada em âmbito interno pelo Decreto 99.710/1990, inauguraram a doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, que passaram a ser entendidos como sujeitos de direitos. 2. A Constituição Federal de 1988 internalizou a proteção integral dos menores nos seguintes moldes: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 3. O termo submeter, previsto no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como sinônimos dominar, subjugar, sujeitar, controlar, subordinar. Dessa forma, no contexto da prostituição, aquele que pratica a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com crianças e adolescentes, está sujeitando-os à prostituição ou à exploração sexual. 4. Assim, não comete o crime apenas aquele que controla ou se beneficia financeiramente da prostituição de menores, mas também aquele que pratica o ato sexual com estes mediante pagamento em dinheiro ou qualquer outra vantagem. Logo, a conduta de quem praticou o ato sexual no contexto da prostituição, antes da vigência da Lei 12.015/2009, insere-se no tipo penal do art. 244-A do ECA. 5. A Lei 12.015/2009, ao introduzir o art. 218-B, § 2º, II, do Código Penal, apenas discriminou e trouxe mais clareza à conduta criminosa que já era tipificada no art. 244-A do ECA, deixando mais evidente a proibição de praticar conjunção carnal com menores no contexto da prostituição ou da exploração sexual. 6. Por outro lado, consuma o crime do art. 244-A do ECA aquele que mantém conjunção carnal com menores mediante pagamento, independentemente da habitualidade da conduta. Mesmo que o agente tenha uma única relação com menores prostituídas, o delito já estará consumado. 7. Essa construção jurisprudencial que tolera crimes sexuais praticados contra menores, pelo fato de ser não habitual, vai na contramão da doutrina protetiva, violando o princípio da dignidade humana da pessoa em desenvolvimento. 8. O cliente, ocasional ou não, que manteve relações sexuais com adolescentes, no contexto da prostituição, antes do advento da Lei 12.015/2009, praticou o crime do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. 9. Agravo Regimental a que se dá provimento para dar provimento ao Recurso Extraordinário, para denegar a ordem de Habeas Corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça, mantendo o acórdão condenatório do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (Brasil, 2023).

É decorrência direta do artigo 227, da Constituição Federal, a tutela absoluta, e mais eficiente possível da criança e do adolescente cidadãos brasileiros, inclusive de maneira a mantê-los a salvo de qualquer forma de violência, principalmente da violência sexual.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é notória a evolução do sistema jurídico penal brasileiro quanto aos crimes sexuais contra vulneráveis, especialmente contra crianças e adolescentes, a legislação atual tem a intenção de tutelar integralmente esses indivíduos contra tais crimes, impondo uma severa pena aos delinquentes que pratiquem esse tipo penal, e inclusive proibindo expressamente, em seu parágrafo 5º qualquer tipo de relação amorosa de pessoas maiores de dezoito anos com indivíduos menores de quatorze anos.

Sob o paradigma do continente americano, mais especificamente a América do Sul, o Brasil se destaca como um dos países com a legislação mais rígida para punir o crime de estupro de vulnerável, porém, ressalta-se certa deficiência da legislação pátria quanto a idade e consentimento da vítima, enquanto no Uruguai por exemplo, a idade em que a presunção de vulnerabilidade absoluta da vítima cessa é aos quinze anos de idade, no Brasil esta se dá aos quatorze anos. No ponto de vista dessa autora, a legislação Uruguia acertou em sua previsão legislativa, uma vez que é notório que indivíduos de quatorze anos de idade, não tem plena capacidade psicológica e fica, para se autodeterminarem ao ponto de suportar a prática de uma relação sexual, ainda mais com indivíduos maiores de idade. Além disso, é deveras repugnante, e exprime certa torpeza, uma pessoa adulta ter interesse em manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com um adolescente de 14 anos, tal comportamento, flerta com a pedofilia, senão a configura.

Outro aspecto louvável da legislação sul-americana, no tocante aos crimes sexuais contra vulneráveis, é que o Código Penal argentino, prevê pena de prisão perpétua para os criminosos que praticarem conjunção carnal com menores de 13 anos, se da prática criminosa resultar a morte da vítima, disposição normativa esta que trás uma resposta penal acertada para uma conduta tão bárbara como esta, pois não há como negar que para um estupro gerar a morte da vítima, a

conduta do delinquente deve estar eivada de tamanha crueldade e violência, que não há como se garantir que tal indivíduo tenha condições de conviver novamente em sociedade, para tais atos, que carregam tamanha brutalidade e inumanidade, a possibilidade de reincidência é gigantesca, e não se pode admitir que um só indivíduo viole a paz social e a segurança pública, sendo melhor, em nome do bem estar social, e da proteção que o Estado deve conceder a seus cidadãos, que este indivíduo fique privado de sua liberdade para o resto de sua vida.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente, é uma tutela constitucional dada a esses indivíduos, de maneira que estes não possam ver seus direitos violados, sempre os tendo privilegiados em detrimento do direito de outros indivíduos, isto porque são seres ainda em desenvolvimento psíquicos e dotados de uma vulnerabilidade absoluta. O artigo 217-A do Código Penal coaduna de forma razoável com tal princípio, pelos motivos acima expostos, mas de qualquer maneira tem uma tutela abrangente quanto a proibição da violação sexual de crianças e adolescentes, que é um mandamento constitucional, previsto no artigo 227, § 4º, da Carta Constitucional. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, de forma abominável, decidiu no AREsp 2.389.611 (Brasil, 2024), por violar o previsto no artigo 217-A, § 5º, não reconhecendo, a incidência do crime de estupro de vulnerável, em situação fática onde o réu, com 20 anos de idade, relacionou-se sexualmente com uma criança de 12 anos de idade, o que resultou uma gravidez.

Insta salientar que no caso, o criminoso passou a buscar a vítima na porta da escola, fazendo-a abandonar as aulas. Tal decisão, deveras absurda, se deu sob o argumento de que o Estatuto da Primeira Infância estabelece que o bem-estar da criança gerada deve ser uma prioridade absoluta. Além de configurar grave afronta e violação a Constituição Federal e aos direitos da criança e do adolescente, o recente julgado do STJ não aplicou a doutrina do melhor interesse a criança, decorrência do princípio da proteção integral a criança e ao adolescente, e principalmente ignorou por completo o parágrafo 5º do artigo 217-A, que prevê “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”.

Este ativismo judicial viola gravemente o direito constitucional das crianças e adolescentes de não serem sexualmente violadas, uma vez que além de

ir contra lei e criar situações de exceções judiciais que a lei expressamente proíbe, cria grave precedente para a aplicação em casos semelhantes.

O mais repugnante, é que tal julgado se deu após o STJ, firmar tese no Tema 918 do Recurso Repetitivo, de que o prévio relacionamento da vítima com o agressor não afasta a ocorrência do crime de estupro de vulnerável, portanto esta Corte Superior, além de estar caminhando contra os próprios precedentes, gravemente desampara os direitos constitucionais das crianças e adolescentes brasileiros, o que é inconcebível, uma vez que o Poder Judiciário tem o dever de zelar, acima de tudo, pela proteção integral desses indivíduos, o que não o fez nesse caso, violando a própria lei e validade uma prática delituosa.

Desse modo, ante as razões supra expostas, deve haver uma mudança fundamental na legislação brasileira, primeiramente fim de que se possa aumentar a idade de consentimento para 15 anos, idade onde o indivíduo tem maior capacidade de se autodeterminar e gerenciar, mesmo que ainda esta não seja plena, e também no tocante a tutelar crianças e adolescentes, seres dotados de vulnerabilidade, de decisões judiciais absurdas como a citada acima, de modo que quem tomou-as possa ser devidamente punido, por negligência aos direitos desse grupo de vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Ley 11.179/84. **Código Penal de la Nación Argentina**. InfoLeg. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em: 05 de abr. 2024.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 05 mai. 2024.

BRASIL. Lei 13.431, de 04 de abril de 2017. **Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Brasília, DF: Planalto, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 05 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.363.134/PR**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772805324>. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus 478.310/PA**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802976418&dt_publicacao=18/02/2021. Acesso em: 05 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial 1.480.881/PI**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402075380&dt_publicacao=10/09/2015. Acesso em: 08 de mar. 2024.

TÍTULO I-DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES. CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 9. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DOMINICANA, Republica. Ley 1207. **Codigo Penal de La Republica Dominicana**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Penal%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20Dominicana.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2024.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 4. ed. Impetus: Rio de Janeiro: 2009.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial (arts. 213 a 359-T). v.3**. São Paulo: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649549. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649549/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). **Apelação n. 0001336-78.2011.8.12.0055**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/2343681708>. Acesso em: 08 mar. 2024.

STJ afasta estupro em relação de menina de 12 anos com homem de 20. **Migalhas**, 14 de março de 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/403318/stj-afasta-estupro-em-relacao-de-menina-de-12-anos-com-homem-de-20>. Acesso em: 10 mai. 2024.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 21 de novembro de 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos,Foi%20ratificado%20por%20196%20pa%C3%ADses>. Acesso em: 05 mar. 2024.

URUGUAI. Ley 9.155. **Codigo Penal**. Disponível em: <https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/CodigoPenal%20Uruguay.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2024.

