

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Karine Blank

A (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO NOS CRIMES
SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS MENORES DE 14 ANOS

Passo Fundo
2013

Karine Blank

A (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS MENORES DE 14 ANOS

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do Me. Juarez Mercante.

Passo Fundo
2013

*Aos meus pais Claudir e Miriam e ao Arthur, meu irmão,
por todo o incentivo e apoio.*

AGRADECIMENTOS

A Deus,

por iluminar o meu caminho e proteger meus passos.

À minha família,

por estar presente em todos os momentos, acreditando e confiando em mim.

Ao Eleandro,

por estar sempre ao meu lado.

À orientação, confiança, disponibilidade, ajuda e compreensão do Me. Juarez

Mercante na execução deste trabalho.

Aos colegas da Faculdade,

pela amizade.

*“E o Mestre disse:
deixai vir a mim os pequeninos...”
(Lucas, 18:16)*

RESUMO

Confirmando o preceito da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que crianças e adolescentes sejam titulares de direito à liberdade, ao respeito e à dignidade e, por ainda estarem se desenvolvendo física e psicologicamente, necessitam da tutela desses direitos. Buscando afastar do abuso e da violência, o Direito Penal também visa à proteção dos menores na sua integridade física e psicológica. Nesse sentido, através da edição da Lei n. 12.015/2009, foi introduzido no ordenamento jurídico o tipo penal para tratar especialmente da violência sexual contra vulnerável. Estabelece a norma que, nos crimes sexuais, a vulnerabilidade da pessoa com idade inferior a 14 anos é absoluta. Há, porém, divergência de doutrinadores e julgadores: de um lado, estão os que entendem ser absoluta a vulnerabilidade do menor, pela própria condição natural em que se encontra devido à faixa etária; de outro lado, estão os que defendem que a vulnerabilidade é relativa. Para estes é necessária uma análise do caso concreto, avaliando o caráter individual do fato, sopesando as condições individuais do menor com relação à conduta do agente. Através de pesquisa bibliográfica na doutrina e na jurisprudência, buscaram-se respostas para a questão. Também se determina o caráter absoluto da vulnerabilidade do menor de 14 anos, da pessoa doente ou deficiente mental ou que, de qualquer outra maneira, esteja impossibilitada de apresentar discernimento ou defesa da prática do ato. Assim, o agente da conduta delituosa deve ser imputado na forma prevista da lei. Observa-se que a imposição não vem sendo cumprida integralmente, haja vista que as referidas decisões estão baseadas no entendimento do próprio julgador.

Palavras-chave: Adolescentes. Crianças. Crimes sexuais. Relativização. Vulnerabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	10
1.1 O menor no contexto sociopolítico (Pré-Constituição de 1988)	10
1.1.1 O menor e a menoridade jurídica	16
1.2 Os direitos do menor à luz da Constituição Federal de 1988	19
1.3 Estatuto da criança e do adolescente	23
1.3.1 Princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente	26
1.3.1.1 Direito à liberdade	27
1.3.1.2 Direito ao respeito	28
1.3.1.3 Direito à dignidade	28
1.3.1.4 Direito à igualdade e à proteção integral da criança e do adolescente	30
2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	33
2.1 Dos crimes contra a liberdade sexual	34
2.2 Os crimes sexuais contra vulnerável	41
2.2.1 A vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos e o bem jurídico tutelado	43
2.3 A penalizações do agente frente aos prejuízos da vítima vulnerável ...	47
3 A (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS	52
3.1 Vulnerabilidade absoluta e relativa	53
3.2 Exclusão da tipicidade quando envolver menores entre 12 e 14 anos ...	56
3.3 Relativização nos crimes sexuais contra menores	59
3.3.1 Idade e maturidade	59
3.3.2 Consentimento da vítima	61
3.3.3 Ausência de violência ou grave ameaça	63
3.3.4 Experiência anterior ou prostituição	65
CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

As permanentes mudanças nos cenários sociais e nas relações humanas fazem surgir novas demandas de litígios e de bens a serem tutelados pelo Direito. Daí, afirma-se que o Direito evolui constantemente, adapta-se às transformações da sociedade, edita novas Leis, possibilita a interpretação das normas de maneira mais ampla e flexível e reformula certos conceitos ultrapassados.

Em vista da preocupação da sociedade brasileira com o crescente aumento de crimes sexuais contra crianças e adolescentes, houve necessidade de o Legislador adotar medidas urgentes para combater (ou minimizar) a prática. Através da edição da Lei n. 12.015, em 7 de agosto de 2009, foi introduzido no Código Penal “o crime sexual contra vulnerável”, para punir a violência a menores de 14 anos.

O artigo 217-A, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, estabelece que vulneráveis são todos os menores de 14 anos ou pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. A vulnerabilidade, portanto, se caracteriza pela impossibilidade de a pessoa exercer direitos em condições iguais aos demais, seja pela tenra idade, ou por qualquer outra circunstância relativa ou temporária da vítima.

O interesse em pesquisar sobre o tema se deu em função de decisão bastante polêmica proferida pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, a qual inocentou um homem acusado de ter praticado sexo com três garotas de 12 anos. No entendimento do Egrégio Tribunal, as vítimas consentiram com a prática dos atos sexuais. Alegou-se ainda que, porque provinham de família sem muita estrutura, desde novas se encontravam inseridas no mundo da prostituição (ZERO HORA, 2012, p. 8).

A decisão incitou muitas discussões no mundo jurídico, já que a condição cultural e socioeconômica não são requisitos para configurar a tipicidade da conduta, especialmente a condição de vítima menor. Ao remeter o caso à norma penal e buscar na similares na jurisprudência, verificou-se que o artigo 217-A do Código Penal é protagonista de inúmeras divergências jurisprudenciais e doutrinárias. Ao criar o tipo penal, o Legislador lhe atribuiu caráter absoluto, critério este que não está sendo seguido em algumas decisões recentes dos Tribunais, os quais têm admitido uma relativização quanto à matéria da vulnerabilidade sexual das vítimas.

A pesquisa indica que a jurisprudência sempre oscilou a respeito do tema, pois sempre houve relevantes discordâncias quanto à natureza relativa ou absoluta da presunção da vulnerabilidade da vítima. É necessário frisar que, em se tratando de vítimas menores de idade, a discussão está longe de ser pacífica, porque se trata de um tema para impetuosos e veementes debates.

Para uma corrente doutrinária, esse tipo de violência, em seu contexto, não permite a relativização, simplesmente pelo fato de o dispositivo ser claro e certo, o que contraria a citada decisão do STJ, que partiu para uma interpretação mais branda, abandonando o previsto legalmente. O artigo que tutela os interesses sexuais de crianças e adolescentes são restritos, uma vez que não imputa condições de classe social ou econômica para a configuração do delito, não abre válvulas aos criminosos.

Outros doutrinadores defendem a possibilidade de relativização nos crimes de estupro de vulnerável, quando vítima for maior de 12 anos e tiver consentido com a prática sexual e, ainda, quando já tiver experiência anterior ao fato ou em condição de prostituição.

A hipossuficiência de uma pessoa, seja devido à situação social, cultural ou a condição econômica, não é relevante para configurar a tipicidade do crime de estupro, tampouco deve servir para justificar a conduta do agente. Ao contrário do argumento da decisão do STJ, as condições em que se encontravam as vítimas, por si só já configuram a sua vulnerabilidade, o que ensejava que fossem preservadas integralmente.

De qualquer sorte, para a resolução da questão importa destacar que foi desenvolvida uma pesquisa explicativa, pois através desse método é possível ampliar generalizações, definir leis mais amplas, estruturar sistemas e modelos teóricos, relacionar hipóteses numa visão mais unitária do universo e gerar novas hipóteses por força de dedução lógica.

Na abordagem do problema, o método utilizado foi o hipotético-dedutivo, já que permite analisar preposições e conhecimentos existentes, tendo como ponto de partida a generalização do todo e, a partir dessa abrangência, formular hipóteses e questionamentos que produzem novos conhecimentos.

O procedimento técnico foi de pesquisa bibliográfica. Buscaram-se materiais já publicados, constituídos principalmente de livros, artigos de periódicos e material disponibilizado na Internet. Conheceram-se, assim, as diferentes formas de

contribuição científica que a doutrina, a legislação e a jurisprudência manifestaram sobre o tema vulnerabilidade de menores, relativização nos crimes sexuais contra menores. Também houve interação sobre a interpretação divergente da norma penal, em vista da intenção do Legislador designar a natureza absoluta da imposição do dispositivo.

Além da introdução e da conclusão, o trabalho monográfico foi estruturado em três capítulos. O primeiro trata dos direitos da criança e do adolescente e sua situação no contexto sociopolítico; conceitua e define o menor e a menoridade jurídica e o tratamento ao menor à luz da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente; discorre sobre os direitos à liberdade, ao respeito, à dignidade, à igualdade e à proteção integral da criança e do adolescente – princípios norteadores dos direitos de crianças e adolescentes.

O segundo capítulo faz uma ampla abordagem sobre crimes contra a dignidade sexual, detalha o tipo penal estupro e os crimes sexuais contra vulnerável e o tratamento dado pela doutrina para a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos e o bem jurídico tutelado e o posicionamento dos Tribunais com relação às penalizações do sujeito ativo frente aos prejuízos da vítima vulnerável - questões contextualizadas antes e após a edição da Lei n. 12.015/2009.

O terceiro capítulo se refere ao tema específico da pesquisa - A (im)possibilidade de relativização nos crimes sexuais contra vulneráveis; conceitua vulnerabilidade absoluta e relativa; analisa as possibilidades de exclusão da tipicidade quando envolver menores entre 12 e 14 anos. Para finalizar o capítulo, são apresentadas várias jurisprudências com decisões divergentes quanto ao caráter absoluto e relativo da tipificação do delito.

Com o estudo, não se pretendeu solucionar conflitos relativos à violência sexual contra menores e nem defender qualquer posicionamento. Pretendeu-se, assim, compreender a legislação brasileira para entender o emprego adequado para a solução do tipo de crime e, é claro, disponibilizar material de consulta para os Operadores do Direito que buscam informações atualizadas sobre a questão abordada.

1 DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Tendo como referência a Constituição Federal de 1988, na tendência mundial de humanização e socialização do Direito os quais colocam os direitos e garantias da pessoa humana em posição de destaque e nas transformações sociais -, a legislação brasileira relativa às crianças e adolescentes adotou novos conceitos. Com base no afeto e na solidariedade - expressões próprias de qualquer forma de instituição com vínculo às crianças ou adolescentes -, os novos conceitos introduzidos na legislação visam à busca do justo. Antes, porém, houve sofrimento e injustiças impostos às famílias brasileiras em situação de pobreza, especialmente às crianças, que, quando enjeitadas, marginalizadas e segregadas pelos pais, também o eram pela sociedade e pelo Estado.

Este primeiro capítulo ocupa-se das diversas situações do menor no contexto normativo brasileiro. Também faz rápida abordagem das normas norteadoras das questões relacionadas às crianças e adolescentes – inicia no período colonial e vai até o reconhecimento de direitos pela Constituição Federal, em 1988, que culminou com a promulgação da legislação específica - o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990.

1.1 O menor no contexto sociopolítico brasileiro (pré-constituição de 1988)

Desde as primeiras codificações normativas, as leis fizeram referências à infância e juventude. Entretanto, nem sempre tratavam da proteção e assistência dos interesses e necessidades das crianças e adolescentes. Geralmente garantiam o *pater poder*, de dispor livremente da vida dos menores, para resolver litígios relacionados a heranças ou infrações. O Direito brasileiro não foi diferente, até mesmo porque a proteção de crianças e adolescentes, até há pouco tempo atrás, não se inseria no foco de atuação do Estado.

Os primeiros registros históricos sobre a responsabilização do Estado para com os menores “desvalidos”, como refere Osterne (1989), é o ano de 1693, quando o Rei de Portugal determinou ao Governador do Rio de Janeiro, Paes de Sande, que os menores “enjeitados” na cidade fossem assistidos pelos cofres públicos. No entanto, essas orientações nunca foram seguidas de atuações concretas e o número

de crianças abandonadas e desassistidas foi aumentando expressivamente, concomitantemente ao índice de mortalidade infantil.

No século XVIII, surge a primeira forma de assistência às crianças. Como explicam Couto e Melo (2002, p. 23), baseando-se no sistema europeu de Roda, a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro adotou o “Recolhimento de Meninos Órfãos”:

A Roda era um dispositivo giratório de madeira, em forma de cilindro, que possuía uma abertura, inserido em uma parede, de forma que, como uma janela, desse acesso à parte interna da instituição ao ser acionado. A criança era depositada no compartimento, e o depositante “rodava” o cilindro para que a abertura se voltasse para dentro. Uma característica importante deste mecanismo era a preservação da identidade do depositante.

Entretanto, no entendimento de Couto e Melo (2002, p. 23), o sistema da Roda institucionalizou o abandono, uma vez que o índice de enjeitados aumentou consideravelmente e a mortalidade dessas crianças ainda era muito grande.

Em 1775 um novo sistema é adotado pela sociedade civil, agora com a participação do Estado. Foram instituídos os “Juizes de Órfãos”. “[...] o Estado, através dos juizes, e a sociedade civil, através dos asilos e das Santas Casas de Misericórdias, viriam a compartilhar as ações voltadas para a infância no Brasil Colônia”, ensinam Couto e Melo (2002, p. 23).

A divisão etária dos jovens, nos séculos XVI a XVIII, era definida pelos manuais de medicina: a primeira idade, denominada “puerícia”, se estendia do nascimento até os 14 anos; a segunda idade, referida adolescência, correspondia aos jovens de 14 a 25 anos de idade. Consoante ao estudo de Del Priore (2000, p. 84), a partir dessa percepção, de que a criança é diferente do adulto na forma de compreender e de se manifestar, surge “a preocupação com a educação, com a formação psicológica e pedagógica infantil”.

No fim do século XIX a preocupação nas questões envolvendo menores se direcionou para o âmbito da criminalidade infanto-juvenil. A permanência dos menores nas ruas tem no abandono pelos pais a principal causa desse fenômeno.

Sobre esse período, Londono (1991, p. 134) descreve:

Olhando para seu próprio país, os juristas brasileiros descobrem o “menor” nas crianças e adolescentes pobres das cidades, que por não estarem sob a autoridade dos seus pais e tutores, são chamadas pelos juristas de abandonadas. Eram, pois, menores abandonados as crianças que povoavam as ruas do centro das cidades, os mercados, as praças e que por incorrer em delitos frequentavam o xadrez e a cadeia, neste caso passando a serem chamadas de menores criminosos.

No início do século XX, no período Republicano, considerando ineficientes os métodos até então utilizados, os médicos e os juristas assumiram a incumbência da assistência aos menores, seguindo as normas científicas para determinar o tipo de atendimento e “tratamento” devido (COSTA, J. F., 1999).

A culpa pelo aumento da criminalidade e do abandono infantil era atribuída às famílias pobres, cuja carência de recursos financeiros não permitia a assistência necessária para a criação dos filhos, então deixados nas instituições para a adoção, ou crescendo a margem da sociedade, sem a vigilância dos pais, que cumpriam uma pesada jornada de trabalho nas indústrias.

Esse era o fundamento para a necessidade de uma reeducação das crianças. Assim, através da Educação e da Medicina do Brasil colonial, como se fossem “adestramentos”, as crianças eram “construídas”, moldadas por meio de rigorosa disciplina e imputação de responsabilidades. Segregadas, geralmente quando órfãs, em isoladas instituições profissionalizantes; quando filhos de operários, nas escolas para crianças operárias, nas imediações das fábricas (OSTERNE, 1989).

Seguindo os passos do criminalista Lombroso, Evaristo de Moraes (apud LONDONO, 1991, p. 135) se encaminha por uma leitura de

uma concepção do ser humano como inclinado às paixões, ao vício, à desordem, à vingança, ao ciúme, à mentira, à cólera, e que só é freado pela sociedade utilizando a disciplina, a ordem, que começa na família, a partir do exercício da autoridade paterna. A falta de autoridade deixava as crianças entregues a sua própria vontade, totalmente dispostas para serem levadas fora da lei, do convívio social, além de ficarem habilitadas para o crime. Tal habilitação provinha do fato de os juristas acharem que nas novas condições de crescimento das cidades o lugar natural das crianças abandonadas era a rua; por sua vez esta era apontada como o lugar do crime.

Baseado nesse pensamento, em 1923 foi criado o Juizado de Menores. De acordo com Rizzini e Rizzini (2004, p. 29), “o Juízo de Menores funciona como um

órgão centralizador do atendimento oficial ao menor, fosse ele recolhido nas ruas ou levado pela família”. As crianças pobres passaram a ser chamadas de “menores”, subdivididos em três categorias: abandonados (para os que não tinham pais), moralmente abandonados (oriundos de famílias que não tinham condições financeiras e ou morais) e delinquentes (os que praticavam atos “criminosos” ou contravenções) (COUTO; MELO, 2002).

A nova configuração dada aos jovens exigiu uma regulamentação de normas que tratassem especificamente das questões relacionadas à infância e à juventude. Assim, através do Decreto n. 17.943-A, em 12 de outubro de 1927, foi instituído o “Código de Menores” ou “Código de Melo Mattos”.

O Código de Menores concedia ao juiz o direito de tutelar o menor com idade de 0 a 18 anos, em situação irregular. O “tratamento” por ele determinado era geralmente o internamento provisório, justificado em casos de abandono, moradia incerta, pais falecidos, ignorados ou desaparecidos, declarados incapazes, presos há mais de dois anos, qualificados como vagabundos, mendigos ou de maus costumes, por exercer trabalhos proibidos, prostituição ou na incapacidade de provimento ou negligência dos pais, que podia resultar, até mesmo, na perda do pátrio poder (SILVA, R., 2001).

O principal objetivo do Código de Menores de 1927 era afastar as crianças do meio familiar, principalmente se a família fosse considerada a principal causadora de condutas “antissociais”, o meio-social responsável por criar futuros delinquentes. Com o Código, foi inculcida a ideia de que toda criança pobre, no futuro, se tornaria um criminoso (COUTO; MELO, 2002).

Com a adoção desses conceitos, as casas de correção de menores, criadas para abrigar e afastar os menores do meio antissocial de corrupção, aos poucos foram se distanciando dos moldes dos asilos e orfanatos. Sob o pretexto de transformá-los em cidadãos úteis à sociedade, os menores eram submetidos à rigorosa disciplina, à exploração por exaustivos trabalhos físicos e manuais, humilhações e castigos, que mais assemelhavam essas instituições aos presídios e às penas impostas aos criminosos (RIZZINI; RIZZINI, 2004).

Embora o discurso de juristas e de novos especialistas em “crianças abandonadas” apontasse o “menor abandonado” como um perigo para a futura sociedade, foi crescendo a convicção de que na verdade se tratava de uma vítima e a cadeia não era a maneira adequada para solucionar a questão dos menores

infratores. Era, portanto, necessário criar instituições especiais, que atendessem especificamente aos problemas relacionados a esses menores (LONDONO, 1991).

Nesse sentido, no entendimento de Passeti (1991, p. 150):

Deslocado para o âmbito social, o problema da infração cometida pelo menor passa a ser um problema público. Cabe à educação estatal obrigatória, responsabilizar-se por suprir, tanto essa deficiência da família, como desenvolver o conjunto dos valores normativos integradores na ordem. Garantindo as introjeções dos valores dominantes, acredita-se estar dando um passo à frente no combate à criminalidade infanto-juvenil. O importante, por fim, é nomear a competitividade no mercado como pacífica, deslocando-se para o Estado e para as legislações, o papel de intervir no conflito.

Durante o Estado Novo (1930 a 1945) o número de menores abandonados continuou aumentando. Para evitar que essas crianças e adolescentes permanecessem nas ruas, em 5 de novembro de 1941 foi criado o Serviço de Assistência a Menores (SAM)¹, que consistia em instituições que acolhiam os menores infratores e abandonados (COUTO; MELO, 2002).

Simultâneo à decadência do Estado Novo, em 1945, sob alegada ineficiência do programa, o SAM também foi perdendo a credibilidade. Em decorrência dos problemas sociais não resolvidos, cada vez mais a justiça decidia que os menores em situação de risco “necessitavam de internação”, superlotando as instituições públicas e privadas ligadas ao SAM. Consequentemente, o atendimento inadequado aos internos se transformou problemas - fugas e revoltas -, justificadas por denúncias de emprego de castigos corporais e pelo uso de menores em prostituição e desvio de verbas (COUTO; MELO, 2002).

Em 1964, o SAM foi substituído pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM). Através da Lei n. 4.513, em 1º de dezembro de 1964, foi criada a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, invocando as comunidades, para que, junto ao governo, participassem da “tarefa urgente” de se encontrar soluções para o problema do menor no Brasil (PASSETTI, 1991).

Na verdade, a participação da sociedade foi estruturada em torno de uma política de convênios, onde o governo cedia recursos às entidades de atendimento,

¹ Órgão do Ministério da Justiça, o SAM era caracterizado por uma orientação correccional repressiva, que funcionava como o equivalente do sistema penitenciário para a população menor de idade. O sistema de atendimento era constituído por internatos (reformatórios e casas de correção) para adolescentes autores de infração penal e por patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos, para menores carentes e abandonados. (COSTA; MENDEZ apud FROTA, 2002, p. 62).

reforçando seu poder dominante através dessa estratégia de controle. O domínio e a repressão do Estado com relação à “proteção” do menor são evidentes, como aduz Scheinvar (2002, p. 9):

Em nome do bem estar das famílias, a política para crianças sempre se revelou como um mecanismo de vigilância e disciplina, ancorado no discurso da segurança para a qual se equipa o país com o Sistema de Atenção ao Menor (SAM), em 1941, e com sua herdeira a Fundação Nacional de Bem Estar do Menor (FUNABEM), em 1964. O primeiro foi um projeto desenvolvido no contexto da Legislação Penal de 1940 e a segunda, a FUNABEM, é um órgão, que no cenário da ditadura militar, como diz Magliari, serviu ao propósito de disseminar, por todo território brasileiro, a ideologia determinada pelos Objetivos Nacionais Permanentes da Doutrina de Segurança Nacional, subjacente às ações dos governos militares [...].

Na apresentação da Lei dos Estatutos da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, o articulador dessa nova política, Dr. Mário Altenfelder (apud PASSETTI, 1991, p. 151), afirmou que a FUNABEM não seria instituída dentro de fundamentos paliativos, mas no de ser uma instituição diferente.

No discurso, Altenfelder (apud PASSETTI, 1991, p. 151) garantiu que na FUNABEM o importante não seria a internação,

ao contrário, vai proteger a criança na família: vai estimular obras que ajudem neste mister; vai ser auxiliar do juízes de menores; vai cuidar da formação de pessoal especializado para o trato com menores; vai dar assistência técnica especializada aos Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas que solicitarem; vai, enfim, atualizar os métodos de educação e reeducação de menores infratores ou portadores de graves problemas de conduta. E, mais que tudo, vai adotar meios tendentes a prevenir ou corrigir as causas do desajustamento.

O cenário de repressão, no entanto, tornou-se mais intenso nos anos da Ditadura Militar. Maus tratos, torturas e abusos com os menores, a maioria era reclamação em relação ao SAM, passaram a ocorrer em todo território nacional e se tornaram uma marca histórica da FUNABEM. Em 1969, a idade penal foi rebaixada para 16 anos. Aplicou-se, assim, o critério do discernimento para aplicar as penas aos infratores de 16 a 18 anos (SCHEINVAR, 2002).

Nos anos 70 começaram os debates para a revisão do Código de 1927, cujos protagonistas reivindicavam que o Estado desenvolvesse uma política menos punitiva para os pobres. Porém, ainda no contexto da ditadura militar, foi mantida a tônica da defesa dos interesses privados, sendo preservado o sentido preventista. Mas, através da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, algumas emendas foram

incorporadas, denotando o desejo de mudanças e de uma política social mais democrática (SCHEINVAR, 2002).

Nos anos 80, com o fim da Ditadura Militar, é que foi possível discutir sobre uma nova legislação para as crianças e adolescentes brasileiros. Na promulgação da nova Constituição Federal, em 1988, finalmente a norma faz referência aos direitos dos menores, inclusive, direito a uma legislação própria, concretizada com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990.

1.1.1 O menor e a menoridade jurídica

Até o século XIX, a palavra menor como sinônimo de criança, adolescente ou jovem era usada para assinalar os limites etários, que impediam as pessoas de ter direito à emancipação paterna ou assumir responsabilidades civis ou canônicas.

No período colonial, a palavra menor aparece quase sempre associada à palavra idade. Nas Ordenações do Reino, ao tratar do casamento, nota-se que à distinção do menor está vinculada sua não emancipação, quando refere que “os filhos famílias e os menores não poderão contraer matrimônio até a idade de 25 annos”² (BASTOS, s/d, p. 41).

Com o Código Criminal do Império de 1830, os termos menor e menoridade passaram a definir os critérios da responsabilidade penal do indivíduo pelos seus atos. Foram determinados três períodos de idade antes dos 21 anos, para definir a responsabilidade penal e as penas.

O Código Criminal do Império do Brasil determinou que:

- a) os menores de 14 anos não têm responsabilidade penal, exceto quando tiverem agido com discernimento, o que só terá validade para os escravos a partir de 1885³;
- b) aos maiores de 14 e menores de 17 anos “poderá o juiz, parecendo-lhe justo, impor as penas de cumplicidade”⁴;

² Grafia original das Ordenações, Livro I, Título 88 N-19 (BASTOS, s/d, p. 41).

³ Art. 10 - Também não se julgarão criminosos:

1º - Os menores de quatorze annos. [...]

Art. 13 - Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos (BRASIL, Código Criminal do Império do Brasil, 1830, grafia original).

- c) o limite de 21 anos para a imposição de penas drásticas, como as galés, será estendida também aos maiores de sessenta (MACIEL, 2011).

Sobre a imputabilidade penal de menores, estabelecida pelo Código de 1830, Soares (2010, s/p) comenta:

O Código fixou a imputabilidade penal plena aos 14 anos de idade, estabelecendo, ainda, um sistema biopsicológico para a punição de crianças entre sete e quatorze anos. Entre sete e quatorze anos, os menores que agissem com discernimento poderiam ser considerados relativamente imputáveis, sendo passíveis de recolhimento às casas de correção, pelo tempo que o Juiz entendesse conveniente, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de dezessete anos.

Observa-se uma discrepância de critérios, pois estabelecia a maioridade civil aos 21 anos, enquanto a responsabilidade penal, dependendo da avaliação do juiz, poderia se iniciar aos 7 ou 9 anos. Essas idades, na prática, é que marcavam a entrada na vida adulta, pois, quando órfãos ou abandonados, eram encaminhadas ao Arsenal da Marinha, ao Exército, aos Seminários ou a Ordens religiosas, no caso das meninas (MACIEL, 2011).

Com o advento da República, em relação aos menores, ocorreram várias alterações normativas. Porém, na seara da administração e composição da justiça, praticamente nada melhorou a favor dos menores.

O Código Penal de 1890 estabeleceu que:

- a) a idade de 9 anos como o limite mínimo da imputabilidade do agente do crime;
- b) o menor de 14 anos só devia ser punido caso obrasse com discernimento, circunstância que deveria ser perguntado pelo juiz ao júri: “o réu obrou com discernimento?”
- c) os maiores de 9 e menores de 14 anos submeter-se-iam a um regime educativo e disciplinar;
- d) os jovens entre 14 e 18 anos eram passíveis de punição, mas com responsabilidade atenuada (MACIEL, 2011).

⁴ Art. 18, secção II, cap. III, Código Criminal do Império do Brasil, 1830.

Com essas alterações foi superada a tese de que a criança seria um ser privado de senso moral, portador do germe da loucura moral e da criminalidade, como sustentava Lombroso. No novo conceito as crianças não nasciam criminosas, porém, poderiam ser afetadas por circunstâncias individuais ou sociais (desagregação familiar, contato com o vício) inclinando-as ao crime. Portanto, com possibilidade de serem corrigidas de diversas formas. Nota-se que até então não havia qualquer referência à proteção do menor, tampouco quanto à possibilidade de ser vítima em determinada situação, apenas a condição de delinquência estava prevista na norma (MOTTA, 1909).

A causa da delinquência tinha a decomposição da família e a dissolução do poder paterno como os principais responsáveis, razão pela qual os menores, entre 10 e 20 anos, povoavam as ruas das cidades, o que agravava ainda mais a situação, pois, conforme apontavam os juristas, a rua era o lugar da desagregação, onde floresciam e se multiplicavam todos os vícios que ameaçavam a sociedade (MORAES, 1927).

A partir de então, com base na jurisprudência internacional e na legislação europeia e dos Estados Unidos, os juristas idealizaram as instituições para recluir e disciplinar as crianças infratoras ou abandonadas, e o estabelecimento e funcionamento dos tribunais da criança. Assim, em 1900, foram criadas as colônias agrícolas e as escolas industriais, onde as crianças para seriam transformadas em cidadãos úteis à sociedade. No mesmo espaço estava a escola, a fábrica e a prisão, cuja disciplina tinha o trabalho como regenerador da vida da criança (MORAES, 1927).

Avançado o século, Alvarenga Neto (apud LONDONO, 1991, s/p), em análise a respeito da relação entre o menor e a rua, afirmou que a disciplina da escola servia como uma forma de compensar a falta da estrutura familiar nos órfãos, de restaurar as lacunas abertas pela desestruturação da família e a decorrente ausência ou deficiência da autoridade paterna:

a rua tem justamente influência oposta. É nela que, pela convivência com os maus camaradas, com os meninos já viciosos e de vocabulário pornográfico, se formam outros tantos espíritos defeituosos, outros tantos menores de mentalidade propícia aos pequenos delitos, menores delinquentes, enfim.

Até então, a *condição* de abandonado ou órfão pré-determinava o menor como um infrator ou como um futuro criminoso. Na nova concepção, o abandono e a orfandade se tornaram a *causa*, o motivo pela delinquência, ou seja, com a falta da estrutura familiar os menores passam a frequentar as ruas. Como expressava Lemos Britto (apud LONDONO, 1991, s/p), “a criança vivendo à vontade na rua, abandonada no material e no moral, necessariamente terminava por se contaminar do vício e se transformar num criminoso que ameaçava a sociedade”. Essa situação de abandono e aumento no povoamento de crianças nas ruas, especialmente nas grandes cidades, se repercutiu no crescimento da criminalidade, demonstrando certa proporcionalidade ao desenvolvimento tecnológico, industrial e econômico do país.

A solução, com essa nova concepção do menor infrator, estava na prevenção, que supunha que a criança deveria ser tirada da rua e colocada na escola. Afastado o menor dos focos de contágio, cabia às instituições, depois, dirigir-lhe a índole, educá-lo, formar-lhe o caráter, por meio de um sistema inteligente de medidas preventivas e corretivas. Dita educação, nas palavras de Franco Vaz (apud LONDONO, 1991, s/p): “é o veneno junto ao contra veneno. A criminalidade não é mais do que um violento toxico. A educação é o seu antídoto”.

Na verdade, aos poucos a criança passou a ser vista como um indivíduo em desenvolvimento, em condição de vulnerabilidade em relação ao adulto, razão de, em certas circunstâncias, ser vítima e necessitar de amparo e proteção da sociedade e da tutela do Estado.

A denominação pejorativa de “menor”, a qual estigmatizava crianças pobres, abandonadas e órfãs, foi substituída por “criança e adolescente”, expressão consagrada pela Constituição Federal de 1988 e que veio carregada de significativas mudanças para os jovens brasileiros, inclusive da reavaliação da menoridade com relação à faixa etária.

1.2 Os direitos do menor à luz da Constituição Federal de 1988

A legislação pátria passou a fazer referência aos direitos individuais e sociais com a normatização dos princípios em 1988, com a promulgação da nova Constituição, concebida como égide para instauração do Estado Democrático de Direito.

No processo de redemocratização do Brasil, os movimentos sociais tiveram destacado papel. De acordo com Earp, Bazílio e Santos (1998), as primeiras manifestações em defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes vieram de São Paulo: Lia Junqueira, liderando o Movimento de Defesa do menor-SP (1978-1980) e o jornalista Carlos Alberto Luppi (1981), editando um ousado livro, que relatava crimes e violações cometidas contra jovens pelas autoridades responsáveis pela sua proteção. A partir de então, diversos grupos da sociedade civil se organizaram em defesa da população infanto-juvenil. Também são apontados como importantes sujeitos sociais nesse processo o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua e o UNICEF.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, CF, 1988), denominada Constituição Cidadã, pela primeira vez incluiu ao ordenamento jurídico brasileiro um título específico para tratar dos princípios fundamentais, definido como conjunto institucionalizado de direitos e de garantias tutelados pelo Estado.

Para Mello (apud SPENGLER, 2003, p. 53), os princípios constitucionais têm importância maior que as demais normas. Na opinião do referido autor:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme a escalão do princípio violado, porque representam insurgência contra todo um sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

A partir dos artigos 5º e 6º, a Constituição Federal de 1988 já demonstra o caráter protetivo do Estado aos direitos fundamentais e sociais da pessoa humana em todas as fases da vida:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. [...].

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, CF, 1988).

Após assegurar, indistintamente, a todos os cidadãos a tutela do Estado na reivindicação dos direitos fundamentais e sociais, a Constituição Federal passa a

dedicar capítulos específicos para os distintos assuntos. No capítulo destinado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso pode-se verificar a preocupação com a proteção dos menores, que passa, com o disposto no artigo 227⁵, a assumir importância na legislação brasileira.

A educação começa pelo exemplo, os filhos tendem a repetir os padrões de conduta de seus familiares e esses arquétipos podem ser positivos ou negativos. Se positivos, devem ser incentivados a superar os modelos adquiridos. Porém, se negativos, a própria sociedade deverá fornecer subsídios para que ocorra a transformação dos paradigmas (LUZ; LOPES, 2008, s/p).

É, entretanto, dever do Estado promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente e, juntamente com entidades não governamentais, garantir que os direitos primordiais sejam efetivados, sempre observando os aspectos elencados no § 3º do artigo 227 da Constituição Federal:

O § 3º do artigo 227 da Constituição Federal expressa:

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de atoinfracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins (BRASIL, CF, 1988).

⁵ Art. 227, CF/1988 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

O direito da Criança e do Adolescente, baseado na Doutrina da Proteção Integral, quebrou o velho paradigma da situação irregular, como refere Saraiva (2002, p. 18-19):

[...] esse novo direito trouxe a estes agentes da condição de objeto do processo para o status de sujeitos do processo, conseqüentemente detentores de direitos e obrigações próprios do exercício da cidadania plena, observada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, cumprindo um dos princípios fundamentais da Constituição Federal Brasileira, que estabelece no seu art. 1.º, inciso III, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana.

Ainda no artigo 227, a Constituição Federal especifica a preocupação do Legislador em resguardar o menor de envolvimento em práticas sexuais, quando determina, no § 4º, que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

A Emenda Constitucional n. 65, de 13 de julho de 2010, acrescentou o § 8º ao artigo 227, que indica a norma específica para assuntos que envolvem crianças e adolescentes. Expressa a norma que “a lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; [...]” (BRASIL, CF, 1988).

Conforme Lôbo (2003, p. 3), para a concretização do § 8º do artigo 227 da Constituição Federal, efeito relevante teve a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, adotada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) e internalizada no Direito Brasileiro, com força de Lei em 1990, através do Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990 e do Decreto Executivo n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

No Preâmbulo, a Convenção sobre os Direitos da Criança declara que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”. Logo no artigo 1º, considera como criança “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

A Convenção da ONU preconizou a proteção especial da criança com o princípio do melhor interesse, em suas dimensões pessoais. Para cumprir, a criança deve estar no centro das relações familiares, devendo ser considerada segundo o “espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade”.

Conforme preceitua a Constituição Federal, em 13 de julho de 1990, o Presidente da República sancionou a Lei n. 8.069, positivando o Estatuto da Criança

e do Adolescente (ECA). O objetivo principal é o direcionamento da política social do Estado para a proteção integral de crianças e adolescentes, especialmente os menores em situação de risco, proporcionando oportunidades em condições de igualdade diante os demais e lhe garantindo desenvolvimento baseado no princípio da dignidade humana.

1.3 Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma adaptação à realidade brasileira da Convenção dos Direitos da Criança das Organizações das Nações Unidas (ONU), ratificado pelo Brasil em 1990. Ele é resultado de uma ampla mobilização popular, que reconhece os direitos de crianças e adolescentes e também ratifica os seus deveres, além de conferir a eles prioridade na elaboração e implementação de políticas públicas.

Conforme Nery Junior e Machado (2003), a vulnerabilidade de crianças e adolescentes em relação aos adultos é uma condição fática, o que justifica um tratamento jurídico especial, por que:

- a) distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção do *homo medio*;
- b) autoriza e opera a aparente quebra do princípio da igualdade – porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal – através de “processo de especificação do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*”⁶.

⁶ *Suum quique tribuere* - dar a cada um o que é seu. Um dos três preceitos básicos do direito, de autoria de Ulpiano, segundo as Institutas (EXPRESSÕES LATINAS, 2013).

Conforme relata Noronha (1998, p. 137), o Estatuto da Criança e do Adolescente é o instrumento específico e completo para tratar das questões relacionadas com a juventude:

[...] ponto relevante diz respeito ao fato das legislações não possuírem - até o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – uma preocupação direta com a proteção à infância e à adolescência, e sim desejarem resguardar a sociedade dos filhos dos socialmente carentes, tidos como moralmente desestruturados.

O artigo 5º do ECA condena qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos direitos fundamentais.

Art. 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (BRASIL, ECA, 1990).

E o artigo 7º fala da efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso da criança e do adolescente, em condições dignas de existência.

Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência (BRASIL, ECA, 1990).

Considerando o fundamento do ECA, de proteção à criança e ao adolescente, Vercelone (apud CURY, 2002, p. 19) faz o seguinte pronunciamento:

O termo proteção pressupõe um ser humano protegido e um ou mais seres humanos que o protegem, isto é, basicamente, um ser humano que tem necessidade de outro ser humano. Obviamente, este segundo ser humano deve ser mais forte do que o primeiro, pois deve ter capacidade para protegê-lo. Como corolário lógico, a proteção pressupõe uma desigualdade (um é mais forte do que o outro) e uma redução real da liberdade do ser humano protegido: ele deve ater-se às instruções que o protetor lhe dá e é defendido contra terceiros (outros adultos e autoridade pública) pelo protetor.

Confirmando o artigo 227 da Constituição Federal, o artigo 18 do ECA (BRASIL, ECA, 1990) impõe a todos a responsabilidade de proteger a criança e o adolescente de todo e qualquer ato que venha a prejudicar seu desenvolvimento,

sua integridade física e mental. Estabelece o artigo 18 que “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

O artigo 98 do ECA deixa claro que deve haver a interferência das pessoas sempre que algum direito da criança ou do adolescente for violado, seja através de denúncia, seja pelo encaminhamento a entidades competentes, intervenção junto a família ou qualquer outra medida que venha em prol do menor.

A norma do ECA refere que a proteção poderá ser mediada em qualquer situação de eminência de risco:

Art. 98 - As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei foram ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta (BRASIL, ECA, 1990).

Considerando como criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º, ECA), envolvê-las em qualquer atividade sexual é crime, conforme disposto no artigo 244-A do Estatuto: “Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual: Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa [...]” (BRASIL, ECA, 1990).

Esse dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente remete diretamente ao tema em questão: o crime previsto no Código Penal, no artigo 217-A, 218, 218-A e 218-B, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009. No entanto, o ECA se refere à submissão do menor de 18 anos à prostituição ou exploração sexual (art. 98, ECA), enquanto o Código Penal imputa o agente por conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos (art. 217-A, CP), indução de menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem (art. 218, CP), satisfação de lascívia mediante presença de menor de 14 anos (art. 218-A), favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, menor de 18 anos (art. 218-B).

Ao usar como parâmetro a idade do menor, o Código Penal é mais específico na tipificação do crime. No desenvolvimento da pesquisa será demonstrado que essa é uma questão geradora de muitos litígios e de muitas discussões nos Tribunais e na doutrina.

1.3.1 Princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente

Os princípios fundamentais e sociais ultrapassaram os preceitos constitucionais e atingiram a norma esparsa, tendo, atualmente, alcance irrestrito nas relações jurídicas. A primazia dos direitos fundamentais, especialmente de igualdade e de dignidade, é notória no Código Civil, no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais no seu âmago buscam extirpar toda e qualquer forma de discriminação da pessoa humana.

A palavra “princípio” deriva do latim, *principium*, que traduz começo ou origem das coisas. Trata-se de uma expressão que designa a espécie de uma norma jurídica, quando há a existência de um conteúdo genérico (BONAVIDES, 2002, p. 228-229).

No contexto do estudo sobre normas protetivas de crianças e adolescentes é necessário ressaltar alguns princípios basilares, tidos como fundamentais, pelo fato de nortear as relações que envolvem menores.

As crianças e adolescentes são, reconhecidamente, titulares de direitos especiais, por possuírem uma condição de vulnerabilidade frente às demais pessoas. Trata-se de sujeitos que possuem condições peculiares e por isso merecem total e integral proteção do Estado.

Nestes termos é importante o posicionamento de Romidoff (2001, p. 61):

Em que pese o fato de se ter politicamente adotado na Constituição da República de 1988 a doutrina da proteção integral antes mesmo da oficialização do conjunto de instrumentos legislativos internacionais – e dentre eles, em particular, a Convenção Internacional dos Direitos Humanos da Criança que é do ano de 1989 – percebe-se que intenso movimento popular brasileiro já havia ensejado (re)alinhamento democrático interno com as diversas dimensões humanitárias dos direitos mais mezinhos àquelas pessoas que se encontrassem na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade

O texto constitucional, ao tutelar a proteção aos menores, tem seu fundamento no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em concordância ao disposto na Convenção Internacional de Direitos da Criança. Estes direitos são tidos como fundamentais, tendo em vista que se trata de pessoas incapazes.

Esta incapacidade esta atrelada ao fato de não possuírem condições suficientes para distinguir e tomar decisões condizentes com as suas reais consequências, ou seja, crianças ou adolescentes são pessoas em desenvolvimento

e por isso necessitam de integral proteção e garantia dos seus direitos, seja pela família, pelo Estado e pela sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que crianças e adolescentes sejam titulares de direito à liberdade, ao respeito e à dignidade e, porque se encontram em desenvolvimento, necessitam que sejam tutelados nesses direitos – características específicas dos princípios que norteiam e fundamentam o objetivo do Estatuto.

1.3.1.1 Direito à liberdade

A liberdade e a igualdade foram os primeiros direitos a serem reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

O direito à liberdade é mais amplo do que o direito de ir e vir. O ECA relaciona os aspectos correspondentes ao direito de liberdade da criança e do adolescente.

Art. 16 - O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:
I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
II - opinião e expressão;
III - crença e culto religioso;
IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
VI - participar da vida política, na forma da lei;
VII - buscar refúgio, auxílio e orientação (BRASIL, ECA, 1990).

Pode-se verificar que o inciso I prevê restrições legais ao direito de liberdade de crianças e adolescentes, sem, contudo, especificá-las. Para Elias (2005), as limitações à liberdade são impostas devido à própria condição de pessoas em desenvolvimento, para o seu bem estar. Machado (2003) entende que as restrições à liberdade da pessoa física em fase de desenvolvimento têm suas especificidades ligadas à questão da imaturidade de crianças e adolescentes, o que auxilia que estas se protejam contra agressões aos seus direitos.

Entende-se que as restrições legais que se refere o inciso I, do artigo 16 do ECA, são para sua própria proteção e integridade física e moral, como o impedimento de frequentar determinados locais, ingerir bebidas alcoólicas, dirigir, entre outras tipificadas no Estatuto e Códigos Legais.

1.3.1.2 Direito ao respeito

O artigo 17 do ECA expressa que “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais” (BRASIL, ECA, 1990).

Dallari e Korczack (1986, p. 21) assim se manifestam sobre o respeito à criança e ao adolescente:

[...] Toda criança nasce com o direito de ser. É um erro muito grave, que ofende o direito de ser, conceber a criança como apenas um projeto de pessoa, como alguma coisa que no futuro poderá adquirir a dignidade de um ser humano. É preciso reconhecer e não esquecer em momento algum, que, pelo simples fato de existir, a criança já é uma pessoa e por essa razão merecedora do respeito que é devido exatamente na mesma medida a todas as pessoas.

Neste contexto, conforme o ensinamento de Ferreira (2008, p. 38), “[...] uma das manifestações mais evidentes de ofensa ao direito ao respeito consiste na prática da violência doméstica, que se manifesta sob a modalidade de agressão física e sexual, psicológica ou em razão de negligência”.

É preciso proporcionar um ambiente de convívio propício ao bem estar do menor. Para o jovem constituir identidade própria e para a inserção dele num meio afetivo, a segurança do respaldo e proteção de pessoas que zelam pela integridade e dignidade é fundamental. Mas também que lhe seja ensinado usar, preservar e transmitir os mesmos valores.

1.3.1.3 Direito à dignidade

Com caráter institucionalizado de respeitar os direitos e garantias da dignidade dos homens, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Estado o dever de proporcionar e assegurar condições mínimas de vida e de desenvolvimento para a pessoa humana.

Como bem explica Sarlet (2001, p. 60, 72), tem-se na dignidade humana:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. [...]

Como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, III, de nossa Lei Fundamental, não contém apenas uma declaração de conteúdo [...] constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana não diz respeito somente à ordem jurídica, mas tem ligação com a ordem social e cultural, pois a dignidade do homem tem “o destino de assegurar a todos o direito social e individual, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, e sem preconceitos”, entende Spengler (2003, p. 60). Portanto, trata-se de um princípio que se interliga com vários segmentos, com o fim de assegurar os direitos, sendo que, tais valores poderão ser passíveis tanto de tutela, como de reivindicação junto ao Estado, conforme elenca a Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988, em se tratando da dignidade da pessoa humana, de acordo com a realidade em que se vive, busca proteger os direitos do cidadão contra medidas inconstitucionais, na análise de Sarlet (2001, p. 123):

[...] parece-nos irrefutável que, na esfera das relações sociais, nos encontramos diuturnamente diante de situações nas quais a dignidade de uma determinada pessoa – e até mesmo de grupos de indivíduos – estejam sendo objeto de violação por parte de terceiros, de qual sorte que sempre se põe o problema – teórico e prático – de saber se é possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, afetar a dignidade do ofensor, que, pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao menos naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes, ainda que tal comportamento não resulte – como já anunciado alhures – na perda da dignidade.

Como se vê, o princípio da dignidade humana possui uma carga normativa imperativa, a qual não pode ficar como mera promessa do legislador constituinte, mas, sim, deve ser expressa e concretizada em cada manifestação jurídica ou não.

A partir disto, é possível, por meio de uma interpretação sistemática e vitalizante, alcançar o mínimo de justiça do ordenamento.

A doutrina da Proteção Integral é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do reconhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar, das pessoas desse grupo etário (zero a 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto sujeitos de direitos (COSTA, A. P. M., 2012, p. 131).

No caso do Estatuto, têm-se princípios fundamentais, que nada mais são do que direitos do ser humano positivados nos sistemas jurídicos. Estes princípios visam uma proteção aos tutelados, para que tenham integralidade no que tange a proteção de seus direitos, sejam eles relacionados à vida, à saúde ou ao respeito.

O artigo 18 do ECA reafirma o dever de todos no zelo pela suprema dignidade de crianças e adolescentes, colocando-os a salvo de qualquer forma de tratamento desumano, aterrorizante, constrangedor e de qualquer espécie de violência - a física, a psicológica ou a moral (BRASIL, ECA, 1990).

Segundo Costa (apud MOLINARO, 2012, p. 111):

A criança apercebe a dignidade na medida em que pela qual lhe são dispensados os cuidados e o tratamento, na medida em que é respeitada pelos seus pais ou responsáveis; mais tarde apreende igual dignidade para com os outros na medida em que é ensinada a respeitar e partilhar os limites dos outros.

Conseqüentemente, através de políticas públicas, o Estado deve efetivar os direitos inerentes aos menores vulneráveis, impondo-se fornecer suportes necessários para que se viabilize a concretização deles. Reservar aos menores o direito a dignidade, significa preservar sua intimidade e a moral.

1.3.1.4 Direito à igualdade e à proteção integral da criança e do adolescente

É evidente a preocupação do Estado brasileiro com a criança e com o adolescente, uma vez que, além da norma constitucional e das normas esparsas, dedicou-lhes uma legislação especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ECA, ao dispor em seu artigo 1º “sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, remete ao seu artigo 4º indicando que é

dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à alimentação, à saúde, à educação, à cultura, ao lazer, ao esporte, à profissionalização, ao respeito, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, ECA, 1990).

O estatuto também considera criança “a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (art. 2º, ECA), e afirma que eles têm “a condição peculiar” de “pessoas em desenvolvimento” (art. 6º, ECA). A peculiaridade destinada pelo ECA às crianças e adolescentes, conforme Costa (A. C. G., 1992, p. 39):

Vem somar-se à condição jurídica de sujeito de direitos e à condição política de absoluta prioridade, para constituir-se em parte do tripé que configura a concepção de criança e adolescente do Estatuto, pedra angular do novo Direito da Infância e da Juventude no Brasil.

O mesmo autor faz referência, ainda, ao reconhecimento dos filhos havidos fora da relação do casamento ou por adoção, que, com a reforma do Código Civil em 2002, passaram a ter os mesmos direitos e qualificações que os filhos antes ditos legítimos. Esses direitos estabelecidos em prol da criança e do adolescente são considerados um avanço da legislação brasileira.

Justificando a necessidade de proteção integral da criança e do adolescente, Vercelone (apud Cury, 2002, p. 19) faz a seguinte exposição:

Trata-se de uma situação real baseada em uma condição existencial ineliminável: o filhote humano – e eu falo, aqui, essencialmente, da criança – é incapaz de crescer por si; durante um tempo muito mais longo do que aquele de outras espécies não humanas, ele precisa de adultos que o alimentem, o criem, o eduquem, e estes adultos, inevitavelmente, têm instrumentos de poder, de autoridade, em relação aos pequenos. Isto vale não apenas no que tange à relação entre filhos menores e pais, os primeiros e mais diretos protetores, como também, na relação entre crianças e outros adultos, a qualquer título, encarregado da proteção.

O tratamento diferenciado à infância e à adolescência muitas vezes está expresso na legislação e referido pela doutrina como princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, porém não possui um conceito definido, é uma questão

subjetiva, por isso a aplicação desse princípio exige a cautela do Juiz que vai defini-la. Nas palavras de Grisard Filho (2005, p. 62):

É vaga e imprecisa a noção do interesse do menor, apesar de constantemente utilizado pelos textos legais, pela Doutrina e pela Jurisprudência, principalmente essas duas últimas. Sendo básico, não determiná-lo seria perigoso. Por certo, o arbítrio do Juiz, em cada caso concreto, é o primeiro elemento de caracterização da noção, que não encontra moldura legal, nem pauta estereotipada que a reduza a um conceito limitado, inafastável e claro.

Portanto, almeja-se o bom senso e o empenho do árbitro, especialmente por se tratar de uma questão que envolve a criança e a sua decisão poderá determinar o destino de uma vida.

O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração do princípio da prioridade absoluta, de repercussão imediata sobre o comportamento da Administração Pública às crianças e adolescentes, dos direitos fundamentais específicos que lhes são consagrados constitucionalmente (DIAS, 2005, p. 62).

Conforme o até aqui exposto, entende-se que o compromisso do Estado com o cidadão, determinado pela Constituição Federal de 1988, se sustenta no primado da igualdade e da liberdade. Esse compromisso está consagrado já no seu preâmbulo, ao conceder proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura eleger, como valores supremos, os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça para a formação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Para adequar o Código Penal Brasileiro à realidade atual, na edição da Lei n. 12.015/2009 foi alterada a legislação “*Dos crimes contra a dignidade sexual*”. A nova denominação do Título VI substituiu a designação ultrapassada “Dos crimes contra os costumes”, afeiçoando-se, assim, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A alteração ocasionada, no entanto, não agradou a todos os penalistas, em vista da objetividade demasiada para tratar da proteção dos costumes. Ramos (2009, s/p) abordou a questão da seguinte maneira:

Diz-se com razão que a objetividade jurídica dos delitos em causa deixou de focar a proteção dos costumes, ou seja, os hábitos sexuais das pessoas, para melhor acomodar-se na liberação de certos costumes antes reprimidos pelos padrões morais arraigados na sociedade de antanho; na liberdade de escolha e na proibição de violar essa liberdade, justamente em respeito à dignidade da pessoa humana. De qualquer forma, é óbvio que o pudor, a moralidade pública, ou seja, o *mínimo ético* da pessoa em relação à *sexualidade*, de que falavam os clássicos, continua sendo objeto dessa proteção (grifos do autor).

Tem-se o entendimento que a intenção do Legislador foi no sentido de evitar que a interpretação da Lei, fundada no nome do Título, continuasse a se dar com base em hábitos machistas ou moralismos antiquados e eventuais avaliações da sociedade sobre estes, seguindo, pois, os preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Na sequência, far-se-ão algumas considerações gerais sobre os crimes contra a liberdade sexual e sobre o tipo penal de estupro. Depois uma abordagem recairá sobre os crimes sexuais contra vulnerável, partindo dos conceitos de menor, minoridade e vulnerabilidade. O estudo tem por base as alterações do Código Penal introduzidas pela Lei n. 12.015/2009.

2.1 Dos crimes contra a liberdade sexual

Os crimes previstos no Capítulo I do Código Penal, intitulado “Dos crimes contra a liberdade sexual”, atingem a faculdade de livre escolha do parceiro sexual. Essa faculdade pode ser violada por:

- a) violência ou grave ameaça - crime de estupro (art. 213);
- b) fraude - crime de violação sexual mediante fraude.

O estupro, a partir da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a ser tipificado no artigo 213 do Código Penal, como ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. A pena estabelecida pela conduta criminosa é de seis a dez anos de reclusão.

Até então, o estupro era imputado sob dois enfoques diferentes, constituindo dois artigos - 213 e 214: o constrangimento para praticar conjunção carnal configurava estupro que somente podia ser praticado contra mulher (art. 213, CP, revogado pela Lei n. 9.281/1996); e o constrangimento para prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, praticado contra homem ou mulher, era atentado violento ao pudor (art. 214, CP, revogado pela Lei n. 12.015/2009).

Alterando o artigo 213, o Legislador deixou evidente que o bem jurídico tutelado não é mais somente a integridade física da vítima, mas também a liberdade sexual da mulher ou do homem. É assegurado, assim, que toda pessoa tem o direito de escolher com quem deseja se relacionar sexualmente e sem nenhum tipo de constrangimento.

“Poderíamos apontar como bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual”, pois, o agente ao praticar o estupro, viola a liberdade sexual e, conseqüentemente a vítima, em virtude da humilhação sofrida, tem a sua dignidade atingida, explica Greco (2010, p. 453). A liberdade sexual é protegida em sentido amplo, “diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual. [...] Esta escolha deve ser assegurada a todas as pessoas, conforme suas convicções, devendo ser exercitada em total autonomia”, completa Prado (2010, p. 599-600).

Com essas alterações, o sujeito ativo no crime também mudou, pois agora o crime de estupro pode ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher. Da mesma forma, ambos podem ser os sujeitos passivos do estupro. Trata-se não mais de um crime de gênero, mas de crime comum. Gonçalves (2011, p. 518) define:

O homem que força uma mulher a uma conjunção carnal (penetração do pênis na vagina) responde por estupro. A mulher que obriga um homem a penetrá-la também responde por tal crime (hipótese rara). O homem que força outro homem ou uma mulher a nele realizar sexo oral responde por estupro. Da mesma forma, a mulher que força outra mulher ou um homem a nela fazer sexo oral.

O estupro admite também coautoria e participação. Será considerado coautor aquele que empregar violência ou grave ameaça contra a vítima (ato executório), sem, entretanto, realizar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com ela, porém a fim de viabilizar que o comparsa o faça. Este é autor do crime e aquele é coautor. Por exemplo, o coautor segura a vítima para que o autor cometa o abuso. Haverá participação por parte de quem concorrer para o crime sem realizar qualquer ato executório, como no caso de um amigo que, verbalmente, estimula outro a estuprar a vítima (GONÇALVES, 2011, p. 518-519).

Mirabete (2011, p. 387) entende que a coautoria e a participação no delito de estupro são inteiramente aceitáveis. Afirma o autor:

É coautor aquele que concorre eficazmente no constrangimento à vítima para a consumação do estupro, ainda que com ela não tenha mantido relações sexuais ou praticado outros atos libidinosos. Nada impede, também, que a mulher seja partícipe ou coautora do crime, colaborando na violência ou na grave ameaça contra a vítima, seja esta do sexo masculino ou feminino.

Estará caracterizada a participação ou coautoria toda vez que o agente contribuir de forma eficaz para a consumação do delito, podendo ser desde a prática do ato, fazendo graves ameaças a vítima, ou ainda, utilizando-se da violência física.

Até 1990, quando o artigo 214 foi alterado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e depois pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), a pena do atentado violento ao pudor era menor do que a do estupro. Com a unificação dos dois tipos no artigo 213, unificou-se também a pena.

A conjunção carnal, ação típica do estupro, ocorre com a introdução, completa ou não, do pênis na vagina, com ou sem prótese ou revestimento; com ou sem orgasmo ou ejaculação; com ou sem ruptura de hímen. Ato libidinoso diverso da

conjunção carnal, que antes tipificava o atentado violento ao pudor, “é o ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual”, consumando-se por várias formas, de inúmeras maneiras libidinosas, “que a imaginação do casto não consegue apreender, mas não escapam ao devasso” (NUCCI, 2009).

Pela nova lei haverá estupro, quer tenha havido conjunção carnal, quer tenha sido praticado qualquer outro tipo de ato sexual. Gonçalves (2011, p. 516) explica:

A conjunção carnal existe com a penetração, ainda que parcial, do pênis na vagina. Em relação a outros atos de libidinagem, o crime existe, quer o agente tenha obrigado a vítima a praticar o ato, tendo um posicionamento ativo na relação (masturbar o agente, nele fazer sexo oral etc.), quer a tenha obrigado a permitir que nela se pratique o ato, tendo posicionamento passivo na relação (a receber sexo oral, a permitir que o agente introduza o dedo em seu ânus ou vagina, ou o pênis em seu ânus etc.). [...] também configuram crime de estupro: passar a mão nos seios da vítima ou em suas nádegas, esfregar o órgão sexual no corpo dela, introduzir objeto em seu ânus ou vagina, beijo com a introdução da língua na boca da vítima (beijo lascivo) etc.

Se o estupro se configurar no âmbito doméstico, aplica-se a regra do art. 7º, III da Lei n. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha⁷.

Outro ponto importante que se destaca, é que, para que haja o crime, é desnecessário contato físico entre o autor do crime e a vítima. Assim,

se ele usar de grave ameaça para forçar a vítima, por exemplo, a se automasturbar ou a introduzir um vibrador na própria vagina, estará configurado o estupro, bem como se ela for forçada a manter relação com terceiro (o agente obrigar duas pessoas a fazerem sexo) ou até com animais (GONÇALVES, 2011, p. 516).

O crime de estupro pode caracterizar-se ainda que a roupa da vítima não seja tirada, como na hipótese de o agente deitar-se sobre ela ou passar a mão em seu órgão genital por sobre as vestes. O entendimento prevalente é de que a simples conduta de obrigar a vítima a tirar a roupa, sem obrigá-la à prática de qualquer ato sexual (contemplação lasciva), configura crime de constrangimento ilegal.

⁷ Art. 7º, Lei n. 11.340/06 - São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...]

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; [...] (BRASIL, Lei Maria da Penha, 2006).

Gonçalves (2011, p. 516) esclarece que o ato de ficar nu, por si só, não é ato libidinoso:

O que é pressuposto do crime, em verdade, é o envolvimento corpóreo da vítima no ato sexual. Por isso, se ela for simplesmente obrigada a assistir a um ato sexual envolvendo outras pessoas, o crime é o de constrangimento ilegal (art. 146) ou, se a vítima for menor de 14 anos, o de satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A).

Portanto, se o tipo penal de estupro exige um ato de natureza sexual, quando o agente se limitar ao uso de palavras para fazer propostas indecorosas à vítima não se configura o delito, mas a tipificação é de contravenção de importunação ofensiva ao pudor ou contravenção de perturbação da tranquilidade, conforme elencado nos artigos 61 e 65, da Lei de Contravenção Penal⁸ (MIRABETE, 2011).

Da mesma forma, se o agente, intencionalmente, encostar na vítima, aproveitando-se da lotação e do movimento de um coletivo, incorre em contravenção, sob o argumento de que não houve violência física ou grave ameaça nesse caso (GONÇALVES, 2011).

Gonçalves (2011, p. 515) define o estupro e seus pressupostos:

No crime de estupro, a vítima é coagida, obrigada a realizar o ato sexual. Premissa do crime, portanto, é o dissenso da vítima, isto é, que o ato seja realizado contra sua vontade. Deve, ademais, ser um dissenso sério, que indique não ter a vítima aderido à conduta do agente. Por isso, não há crime quando um casal está se beijando e o homem começa a tirar a roupa da mulher e, embora ela diga para ele parar, não o faz de forma enérgica, não tomando nenhuma atitude para evitar que ele tire sua roupa e acaricie suas partes íntimas. Ocorre que, em tal caso, não se mostrou presente o emprego de violência ou grave ameaça. De outro lado, não é necessária à configuração do crime a chamada “resistência heroica”, em que a vítima luta fisicamente com o agente até suas últimas forças. Veja-se, por exemplo, a hipótese do estuprador que está armado, em que a luta por parte da vítima só lhe traria riscos maiores (até de morte). O crime, porém, está perfeitamente delineado em razão do emprego da grave ameaça.

⁸ Art. 61, Lei n. 3.688/41 - Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena - multa.

Art. 65, Lei n. 3.688/41 - Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa (BRASIL, Lei de Contravenção Penal, 1941).

De mesmo sentido é o entendimento de Bitencourt (2011, p. 49-50):

A ordem jurídica não pode exigir de ninguém a capacidade de praticar atos heroicos. Também aqui vigem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, recomendando-se, concretamente, a avaliação da correlação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente. Assim, não é necessário que se esgote toda a capacidade de resistência da vítima, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça. Para a configuração de crime de estupro não há necessidade de que a violência seja traduzida em lesões pessoais. Exige a lei que a resistência da vítima a consumação seja sincera, mas não exige que se prolongue até o desfalecimento. Nesse sentido, é impecável a conclusão de Guilherme Nucci: "Sob essa ótica, é curial afastar todo tipo de preconceito e posições hipócritas, pretendendo defender uma resistência sobre-humana por parte da vítima, a fim de comprovar o cometimento do estupro".

O estupro, portanto, pressupõe emprego de *violência* ou *grave ameaça*.

Violência é "toda forma de agressão ou emprego de força física para dominar a vítima e viabilizar a conjunção carnal ou outro ato de libidinagem", como a agressão a socos e pontapés, o ato de amarrar a vítima, de derrubá-la no chão e deitar-se sobre ela etc. (GONÇALVES, 2011).

Grave ameaça "é a promessa de mal injusto e grave, a ser causado na própria vítima do ato sexual ou em terceiro", como define Mirabete (2011, p. 391):

Em se tratando de ameaça, deve ela ser *grave* (promessa da prática de mal considerável), mas não importa a justiça ou não do mal ameaçado. Tem-se em conta, sempre, a capacidade de resistência da vítima. Decidiu-se que, se a menor ofendida, criada em zona rural, não teve condições morais e psíquicas de se opor aos desejos criminosos do pai, pessoa, ademais violenta e arbitrária, que ameaçava voltar a maltratar toda a família caso aquela não cedesse, configurado resultou o estupro, pela violência moral (grifo do autor).

Gonçalves (2011) acrescenta que o pai que se aproveita do medo da filha, maior de 14 e menor de 18 anos, decorrente do temor reverencial, para com ela praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, responde por estupro qualificado (art. 213, § 1º, CP) e, se a vítima tiver menos de 14 anos, o delito será o de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP)⁹.

⁹ Art. 213, CP - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos (BRASIL, Código Penal, 1940).

§ 1º - Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos [...]

Art. 217-A, CP - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos [...] (BRASIL, Código Penal, 1940).

A omissão é outra possibilidade de responsabilizar penalmente uma pessoa por crime de estupro. Tomando o mesmo exemplo anterior, tendo a mãe conhecimento e nada faz para evitar, tendo permitido pacificamente a prática do delito ou sua reiteração (quando cientificada de atos anteriores), responde por ele juntamente com o companheiro, pois a mãe tinha o *dever* jurídico de proteção (GONÇALVES, 2011).

A tentativa também é possível no estupro, em caso de o agente ao empregar violência ou grave ameaça, não conseguir realizar qualquer ato sexual com a vítima, por circunstâncias alheias à sua vontade, como afirma Greco (2010, p. 454):

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio correspondente à tentativa. Dessa forma, o agente pode ter sido interrompido, por exemplo, quando, logo depois de retirar as roupas da vítima, preparava-se para a penetração.

No estupro não é admissível a modalidade culposa, o elemento subjetivo no estupro é o dolo. Greco (2010, p. 454) exemplifica:

Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido. Assim, por exemplo, se o agente, de forma imprudente, correndo pela praia, perder o equilíbrio e cair com o rosto nas nádegas da vítima, que ali se encontrava deitada tomando banho de sol, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo, pois não se admite o estupro culposos.

Então, não se configura estupro na prática de algum ato diverso da conjunção carnal sem intenção e de forma culposa. No entanto, em algumas circunstâncias em que ocorrer o fato, pode configurar importunação ofensiva ao pudor.

Existe certa divergência entre os doutrinadores sobre a exigência de uma finalidade especial do tipo, o chamado elemento subjetivo do tipo, ou dolo específico. Alguns (Noronha, Mirabete, Delmanto) defendem que é necessária esta finalidade específica. “Assim, o dolo seria a vontade de constranger a vítima e a finalidade específica seria a prática da conjunção carnal”. Outros (Capez, Bitencourt, Gonçalves) entendem não haver a necessidade de uma finalidade especial, bastando que o agente obrigue a vítima à prática do ato sexual (CAPEZ, 2010, p. 36).

Gonçalves (2011, p. 519) fundamenta, dizendo que:

O texto legal não exige que o agente tenha a específica intenção de satisfazer sua libido, seu apetite sexual. Assim, também estará configurado o estupro se a intenção do agente era vingar-se da vítima, humilhando-a com a prática do ato sexual, ou, ainda, se o ato sexual violento for cometido em razão de aposta etc. Com efeito, o que importa é que, em todos esses casos, a liberdade sexual da vítima foi atingida pelo emprego da violência ou grave ameaça, sendo irrelevante a motivação do agente (satisfação da lascívia ou outra qualquer). Igualmente há crime quando policiais estupram presas políticas a fim de torturá-las por suas ações contra o regime ditatorial.

Há certas circunstâncias em que é evidente a inexistência do estupro, pois a intenção do agente não demonstrou relação direta com interesse sexual. Um exemplo é o caso apresentado por Gonçalves (2011, p. 519), (cruel, pesado, diga-se de passagem!), cujo marido, ao saber que havia sido traído pela esposa, a amarrou e lhe introduziu, por completo, um espeto de churrasco na vagina – houve perfuração de órgãos internos que a levaram à morte (empalamento). Nesse caso, está evidente que a intenção era de matar e que se configura homicídio qualificado, agravado pelo meio cruel de execução.

Na legislação atual, o estupro é sempre cometido mediante violência real (física). A Lei n. 12.015/2009 deixou de prever a presunção de violência como forma de execução do estupro. Porém, nem sempre o estupro deixa vestígios de fácil visualização ou motivação, razão da importância de proceder ao corpo de delito.

A jurisprudência tem decidido no sentido de que a configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal¹⁰. A ausência de lesões na vítima é irrelevante quando o crime ocorreu por meio da grave ameaça ou, ainda, vias de fatos, que de igual forma não deixa vestígios, entendimento que Nucci (2010, p. 913) compartilha.

Considerando os conceitos e todas as possibilidades de configuração do estupro, o entendimento que se tem sobre o tipo penal é que a resolução do crime, como em todos os outros tipos, exigem a investigação e a averiguação do caso concreto, pois a norma deve servir para delimitar o fato, adequando o tipo conforme

¹⁰ Agravo de Instrumento n. 1.122.319 - AC (2008/0271100-2). STJ - Decisão Monocrática. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Julgado em: 17/08/2011. Publicado em: DJe 24/08/2011.

a conduta, o nexa de causalidade e o resultado. Para tanto, o Legislador vem facilitando as elucidações e as decisões judiciais, através de atualizações e da edição de normas específicas para determinados tipos penais, como é o caso da tipificação dos crimes sexuais contra vulnerável, assunto do próximo item.

2.2 Os crimes sexuais contra vulnerável

Com a intenção de dar tratamento diferenciado à pessoa menor de 14 anos, pessoa com enfermidade, deficiência mental ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência ao ato sexual, foi inserido, pela Lei n. 12.015/2009, o crime de estupro de vulnerável, constituindo, nos artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B, um tipo penal específico.

O delito de estupro contra vulnerável está tipificado no artigo 217-A do Código Penal, como “ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” ou, conforme prevê o § 1º, “com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência” (BRASIL, CP, 1940).

O estupro contra vulnerável é tipificado também como crime hediondo, tanto em sua forma simples como nas qualificadas. Verifica-se que, mesmo a Lei n. 12.015/2009 tendo alterado o artigo 1º, da Lei n. 8.072/90¹¹, apenas para incluir entre os crimes hediondos o estupro contra vulnerável, e excluído o atentado violento ao pudor (incorporou ao estupro), não alterou o artigo 9º¹², subentendendo pela revogação tácita deste (RAMOS, 2009).

¹¹ Art. 1º, Lei n. 8.072/1990 - São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: [...]

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (BRASIL, Lei dos Crimes Hediondos, 1990).

¹² Art. 9º, Lei n. 8.072/1990 - As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal (BRASIL, Lei dos Crimes Hediondos, 1990).

De maneira geral, os Tribunais têm mantido a hediondez nos crimes praticados anteriormente a publicação da Lei n. 12.015/2009, seguindo nos termos relatados no pedido de Habeas Corpus n. 0130680-25.2013.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

[...] O impetrante deseja afastar a natureza hedionda do crime de atentado violento ao pudor pelo qual o paciente foi condenado. Entretanto, não há que se falar em afastamento do caráter hediondo do delito. O atentado violento ao pudor e o estupro, ainda que anteriores à Lei nº 12.015/2009, eram crimes elencados na Lei n.º 8.072/90, como hediondos, sejam na forma simples, sejam na qualificada. Essa foi a intenção clara do legislador, que ainda cuidou de exemplificar a questão, assentando que a Lei n.º 8.072/90 aplicava-se às formas simples (artigos 213 e 214) e às formas qualificadas (artigo 223, “caput”, e parágrafo único), ainda que não tenha sido feita menção ao artigo 224, do C. Penal (violência presumida). Desse modo, não há como acolher a pretensão, até porque o delito estava expressamente inscrito no rol taxativo do artigo 1º, da Lei nº 8.072/90, que lista os crimes que possuem caráter dessa natureza. Pelo meu voto, pois, DENEGO A ORDEM. PINHEIRO FRANCO - Relator¹³.

Pelo artigo 217-A, § 1º, CP, o Legislador define o vulnerável como a pessoa “menor de 14 anos”, “incapaz de discernir o ato”, ou independentemente de causa, “impossibilitada de oferecer resistência” (BRASIL, CP, 1940). Apesar de a norma estar explícita, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à configuração da vulnerabilidade em determinados casos, especialmente quando a vítima tem entre 12 e 14 anos, questão que motivou o desenvolvimento desta pesquisa.

A Lei n. 12.015/2009 também introduziu no Código Penal o artigo 218, cujo texto imputa o crime de corrupção de menores ao agente que “induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem” (BRASIL, CP, 1940).

O artigo 218-A, por sua vez, determina estar implicado em crime contra vulnerável quem “praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem” (BRASIL, CP, 1940). A indução a presenciar práticas sexuais não era ilícito previsto anteriormente à Lei em comento.

¹³ Habeas Corpus n. 0130680-25.2013.8.26.0000. TJ/SP. Comarca de Sorocaba. Quinta Câmara de Direito Criminal. Relator: Pinheiro Franco. Julgado em: 19/09/2013. Registrado em: 20/09/2013.

E por último, ao Capítulo que trata dos crimes sexuais contra vulnerável foi inserido o artigo 218-B, que se refere ao favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, definindo como criminosa a conduta do agente que:

Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone (BRASIL, CP, 1940).

Os quatro dispositivos introduzidos no Código Penal (217-A, § 1º; 218, 218-A, 218-B, CP) serviram de fundamento para o estudo subsequente sobre os crimes sexuais contra crianças e/ou incapazes.

2.2.1 A vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos e o bem jurídico tutelado

O Código Penal, ao prever o estupro de vulnerável, objetivou, de forma autônoma, tutelar a liberdade sexual de menores incapazes, assim considerados por não possuírem plena capacidade para discernir sobre atos da vida civil. Desse modo, a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menores de 14 anos ganhou relevância e deixou de ser um tipo comum de estupro, para ser um tipo autônomo.

O termo vulnerável vem do latim, *vulnerabilis*. Significa todo aquele ato passível de lesão e que não desprende de proteção. Trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual, uma vez que determinadas pessoas não possuem a capacidade em consentir alguns atos (NUCCI, 2009, p. 35).

Mirabete (2011, p. 407), define o vulnerável como:

Pessoa vulnerável, no sentido que lhe conferiu o Código Penal, é, primeiramente, a pessoa menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, se encontra particularmente sujeita aos abusos e a exploração que sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual [...]. Pessoa vulnerável, para o Código Penal, é também a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental que não tem o discernimento necessário em relações às práticas sexuais e que, por esta razão, também se encontra particularmente sujeita aos abusos e a exploração sexual.

Conforme bem pontua Fayet (2011, p. 88):

Quanto ao sujeito passivo, o tipo em comento traz uma característica para distingui-lo, devendo, portanto, o sujeito passivo, necessariamente, ser “menor de 14 [catorze] anos”, estabelecendo limite legal de defesa aos adolescentes, independentemente do gênero e de sua previa experiência sexual.

Entende-se como vulneráveis, portanto, todos aqueles menores de 14 anos, bem como os portadores de doenças mentais, que não possuem condições de manifestar a vontade, ou ainda, aqueles que, por causas transitórias, se encontram fisicamente incapacitados e impedidos de resistir a eventuais atentados contra a liberdade sexual.

Relativo à liberdade sexual, Bitencourt (2011, p. 93) entende que:

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

O sistema especial de proteção tem por base a vulnerabilidade peculiar de crianças e adolescentes, o que, na opinião de Machado (2003, p. 123), influencia na aparente quebra do princípio da igualdade, isto por que:

a) distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção do homo médio; b) autoriza e opera a aparente quebra do princípio da igualdade – porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.

Entende-se a opinião de Machado (2003, p. 123) como fora de propósito e faz-se uma ressalva ao que se considera ser a vulnerabilidade peculiar da criança ou do adolescente uma “aparente quebra do princípio da igualdade”. A própria máxima de Aristóteles (1997, s/p), tão usada pelo Direito para definir o princípio da igualdade, diz que “a verdadeira igualdade consiste em tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem”. Há outros dois fortes apoios: a tutela garantida pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente criado justamente para lhes garantir um tratamento

diferenciado. Não há quebra do princípio Luz e Lopes (2008) fazem um questionamento. Tendo o ECA por fundamento proteger as crianças e adolescentes de abuso sexual, maus tratos (queimaduras com cigarros, 'correção' com chicotes, socos, exploração na mendicância, álcool, drogas etc.), quem, sendo absolutamente capaz, poderia ser contrário a esse tipo de proteção? A ideia que se tem é que, certamente o sujeito ativo do crime não gostaria de ser imputado por infringir a norma protetiva.

As autoras chamam a atenção, também, para o fato de que, apesar de a Constituição Federal, em seu artigo 5º, dizer que todos são iguais perante a Lei, ao invocar a proteção de crianças e adolescentes em qualquer que seja a norma legal, ainda há quem considere crianças e adolescentes como menores por se tratar de crianças abandonadas, de rua, os filhos dos outros e definições do tipo¹⁴, termo invocado como um vocábulo frio e distante de afeto. Mas, ao contrário, criança e adolescente representam carinho, amor e quando se aproximam de adultos, demonstram necessidade de amparo, amor, diálogo, dignidade (LUZ; LOPES, 2008).

Ainda há marginalização de crianças em situação de risco - desestruturação familiar, condição de dificuldade financeira, traumas, problemas na aprendizagem e outras tantas causas. Os conceitos são provenientes de uma visão errônea e generalizada da sociedade para com os menores. Ignora-se que a condição etária, por si só, já configura a vulnerabilidade.

Neste sentido, esclarecedora é a lição de Sêda (1998, p. 12-13):

Essa doutrina via crianças e adolescentes como menores ou em situação irregular porque através dela se viam meninos e meninas não aquilo que eram (seres regulares), mas aquilo que não eram (seres irregulares). Não eram capazes, não eram sujeitos de direitos e deveres, não eram autônomos em relação aos seus pais ou em relação ao Estado. [...] Esse sistema da menoridade absoluta ou da situação irregular era um sistema de exclusão social e ética de crianças consideradas menores. Agora, queremos saber como incluir, não excluir, meninos no mundo das pessoas que convivem socialmente. Quando criamos instituições para excluir meninos e meninas da convivência entre as pessoas [...] nós as estamos tratando como menores, objetos dos adultos que se consideram maiores, e não como crianças e adolescentes, sujeitos sociais em si mesmos.

Vulnerável é qualquer dessas pessoas, que se presume de forma absoluta não ter discernimento suficiente para consentir validamente os atos sexuais que foram submetidos ou não possuem resistência para evitá-los. Como referido, a

¹⁴ No mesmo sentido da abordagem feita no primeiro capítulo deste trabalho, item 1.2, p. 17.

situação de menoridade expressa na norma (menores de 14 anos), por si só já configura a vulnerabilidade. Assim, mesmo que consinta o ato sexual, esse consentimento não será considerado válido.

Na hipótese de o sujeito passivo ter pleno discernimento, mas não oferecer resistência ao ato sexual forçado, será tipificado o estupro contra vulnerável. A norma é clara ao estabelecer que a criança menor de 14 anos, ou outra pessoa nas condições elencadas, não possui capacidade de discernimento. O enunciado é suficiente para que se compreenda a ordem do dispositivo.

O Código estabelece três grupos de pessoas consideradas vulneráveis:

- a) o homem ou a mulher menor, que ainda não completou quatorze (14) anos de idade (essa vulnerabilidade cessa à zero hora do dia em que o sujeito passivo completa de 14 anos de idade);
- b) o homem ou a mulher (com 14 anos ou mais de idade) que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, em razão de enfermidade mental ou deficiência mental;
- c) o homem ou a mulher (com 14 anos ou mais de idade), que por qualquer motivo não pode oferecer resistência, como portadores de necessidades especiais, com problemas físicos graves e pessoas em completo estado de torpor físico e mental, em razão do uso, voluntário ou não, de drogas ou bebidas alcoólicas (RAMOS, 2009).

No tangente ao primeiro grupo, acredita-se não restar dúvidas quanto ao caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade da vítima – o artigo 217-A estabelece que é vedado manter relação sexual com pessoa menor de 14 anos.

Quanto à enfermidade ou deficiência mental, o entendimento que se tem é que o dispositivo indica que deva ser avaliado o grau de comprometimento provocado pela enfermidade ou deficiência mental, pois a expressão é de não ter o “necessário discernimento”, ou seja, de discernimento incompleto. Então pode-se questionar se a vulnerabilidade é absoluta ou relativa e pensar na aplicabilidade do artigo 215 do CP¹⁵.

¹⁵ Art. 215, CP - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único - Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (BRASIL, Código penal, 1940).

No caso de a pessoa estar incapacitada para oferecer resistência, o procedimento pode ser o mesmo do caso anterior, de avaliar se vulnerabilidade relativa ou absoluta, agora, porém, considerando a possibilidade ou não de oferecer algum tipo de resistência. Se a vítima tinha possibilidade de oferecer certo grau de resistência, a conduta não corresponde ao tipo do artigo 215 do Código Penal; caso impossibilitada de oferecer qualquer resistência, a conduta condiz com a prescrita no artigo 217-A, do Código em comento.

Prado (2010, p 624) especifica que “a vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade”.

Vulneráveis, enfim, são consideradas as pessoas que não dispõem de condições físicas e psicológicas para manter relações sexuais, tampouco para discernir sobre o ato do agente, característica dos menores de 14 anos, ou pessoas acometidas de enfermidade ou deficiência mental, ou de alguma outra forma incapacitadas para oferecer resistência.

2.3 As penalizações do agente frente aos prejuízos da vítima vulnerável

Primeiramente, reitera-se que, independentemente de ter discernimento ou não, de consentir ou não, de ser reconhecido como inocente ou não, é proibido manter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal com alguém com menos de 14 anos. Da mesma forma ocorre quando os enfermos mentais ou deficientes mentais, que não têm discernimento para consentir ao ato sexual, forem molestados.

Relativo aos enfermos e deficientes mentais, Ramos (2009, s/p) entende que:

Há quem diga que tais pessoas, ainda que maiores, estariam condenadas a nunca poderem unir-se a alguém em ato sexual, mesmo que quisessem. Sim, porque em princípio, a proibição deve ser tida como absoluta e não meramente relativa, uma vez que o fato de o sujeito passivo do estupro ser vulnerável agora é elemento do crime e não mais causa de presunção de violência. Ocorre que, para se considerar vulnerável, o ofendido deve ser portador de enfermidade mental ou deficiência mental severa, que lhe retira a possibilidade de consentir validamente ao ato sexual. Com base no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, não se poderia considerar penalmente ilícita a conduta de quem pratica qualquer ato libidinoso com doente mental ou deficiente mental maior de 14 anos, que tenha suficiente controle de seu discernimento. É preciso resguardar o direito à liberdade e à dignidade sexual também a essas pessoas.

Há que se convir que, ao ocorrer alguma situação que a norma não especificou, não foi explícita, ou foi abrangente às questões afins, surgirão polêmicas e possibilidades de interpretações diversas. Mas, como bem colocou Ramos, cabe ao Juiz se respaldar nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para discernir com coerência a ilicitude ou não do ato.

Sobre o sujeito ativo, agente da conduta criminosa, conforme afirma Bittencourt (2011, p. 94), pode ser qualquer um: “qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, indistintamente, homem ou mulher, contra, inclusive pessoa do mesmo sexo”.

Para configurar as condutas criminosas previstas nos artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B, do Código Penal, o agente deve ter agido com dolo, ou seja, ter agido por conta própria, consciente do fato e conhecedor do resultado, ou possíveis consequências do seu ato. Fayet (2011, p. 94) confirma que “o dolo deve compreender a noção de vontade livre e consciente de realizar a ação proibida, lesando o bem jurídico tutelado, ou seja, significa conhecer e querer os elementos objetivos do tipo penal”.

A dosimetria para os crimes sexuais contra vulnerável, determinada pela Lei n. 12.015/2009 e elencada no Código Penal é nos seguintes termos:

- a) a pena prevista para o crime de estupro de vulnerável, via de regra, conforme estabelece o *caput* do artigo 217-A, do Código Penal, é a reclusão de 8 a 15 anos;
- b) se desta prática resultar lesão corporal grave, conforme previsto no § 3º do referido artigo, a pena aumenta para 10 a 20 anos de reclusão;
- c) se o ato resultar em morte do vulnerável, conforme dispõe o § 4º, a pena será de 12 a 30 anos de reclusão;
- d) para o crime de corrupção de menores, previsto no artigo 218, a pena será de 2 a 5 anos de reclusão;
- e) para a satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, conforme o artigo 218-A, a pena será de 2 a 4 anos de reclusão;
- f) em caso de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, estabelece o artigo 218-B, que a pena será de 4 a 10 anos de reclusão;

- g) de acordo com o § 1º, se o crime elencado no artigo 218-B é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa;
- h) o § 2º, do artigo 218-B, dispõe que incorre nas mesmas penas: I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 e maior de 14 anos na situação descrita no *caput* desse artigo; II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no *caput* do mesmo artigo, situação que constitui efeito obrigatório da condenação, a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento (§ 3º) (BRASIL, CP, 1940).

Na definição de Bittencourt (2011, p. 158), a lesão corporal “[...] consiste em todo e qualquer dano produzido por alguém, sem *animus necandi*¹⁶, à integridade física ou à saúde de outrem. Ela abrange qualquer ofensa anônima quanto do fisiológico ou psíquico”.

Quando se fala em lesão corporal grave, se está diante de uma situação onde o ato criminoso resultou na impossibilidade ou na redução da capacidade da vítima para realizar atividades ocupacionais funcionais, ou seja, atividades do dia-a-dia. Sobre o assunto, esclarecem Borges e Dell’aglio (2008, p. 94):

Crianças e adolescentes vítimas podem apresentar desde dificuldade de concentração, sentimento de medo e desamparo, choro frequente, embotamento afetivo, irritabilidade, pesadelos, comportamento sexualizado, isolamento social, queixas psicossomáticas até quadros psicopatológicos severos.

Com relação aos prejuízos sofridos pelas vítimas, há uma variedade de sequelas associadas ao abuso sexual. Uma quantidade enorme de fatores podem se tornar mediadores do impacto às consequências em uma vítima de abuso sexual. E, ainda, no entendimento de Azevedo (1988), fatores sociais, emocionais e familiares estão atrelados ao enorme crescimento nos índices de abuso sexual.

¹⁶ Animus necandi - Intenção de matar (EXPRESSÕES LATINAS, 2013).

Os danos produzidos por esse tipo de agressão à pessoa vulnerável podem ser facilmente constatados por avaliação psicológica, como referido na Apelação n. 0020096-84.2010.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista:

[...] Não bastasse a prova oral, o estudo psicológico realizado pela Psicóloga Judiciária concluiu pela existência de “sérios indícios e componentes psíquicos de que ela tenha sofrido abuso físico por meio de carícias e outros modos de estimulação sexual de figura parental próxima” (fls. 50/52) [...]¹⁷.

A Lei n. 12.015/2009 alterou a redação do artigo 225, do Código Penal, para tratar do tipo de ação nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes contra vulnerável:

Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante Ação Penal Pública Condicionada à representação; e, sendo a vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, procede-se mediante Ação Penal Pública Incondicionada (BRASIL, CP, 1940).

A Ação Penal é classificada em virtude do elemento subjetivo, considerando o promovente e sua titularidade em: Pública, se promovida pelo Ministério Público; em Privada, quando promovida pela vítima, e em Popular, quando exercida por qualquer pessoa do povo.

Conforme previsto no artigo 100, do Código Penal, “a Ação Penal é Pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” (BRASIL, CP, 1940). O artigo 129, I, da Constituição Federal¹⁸, dispõe que é função institucional do Ministério Público, privativamente, promover Ação Penal Pública, na forma da lei. Já o artigo 24, do Código Processual Penal¹⁹, preceitua que, nos crimes de Ação Pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, dependendo, quando exigido por lei, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Daí a distinção a ser feita entre Ação Penal Pública Incondicionada e Condicionada: quando promovida pelo Ministério Público sem que haja necessidade

¹⁷ Apelação n. 0020096-84.2010.8.26.0099. TJ/SP - 6ª Câmara de Direito Criminal. Comarca de Bragança Paulista. Relator: Ericson Maranhão. Julgado em: 19/09/2013. Registrada em: 20/09/2013.

¹⁸ Art. 129, CF - São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

¹⁹ Art. 24, CPC - Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

de manifestação de vontade da vítima ou de outra pessoa, a Ação Penal é Incondicionada; quando, entretanto, por lei o Órgão Ministerial depende da representação da vítima ou da requisição do Ministro da Justiça para a interposição da ação, esta é classificada como Ação Penal Pública Condicionada.

Com base no estudo realizado, ficou evidente a distinção entre o estupro simples, tipificado antes das alterações promovidas pela Lei n. 12.015/2009, e o estupro contra vulnerável, modalidade criada pela Lei. Para o crime praticado após ou ao tempo da inserção dos artigos 217-A, 218-A e 218-B no Código Penal, nas condições determinadas pela norma, tanto para a conjunção carnal, como para qualquer outro ato libidinoso com vulneráveis, a imputação aos agentes é a mesma para ambas as condutas, uma vez que a norma foi unificada.

A Lei previu, ainda, as situações em que haverá o aumento da pena. Conforme o artigo 234-A, “[...] III - de metade, se do crime resultar gravidez; e IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador” (BRASIL, CP, 1940).

Para encerrar os dispositivos do Título VI do Código Penal - Dos crimes contra a dignidade sexual - o artigo 234-B preceitua que “os processos correrão em segredo de justiça”.

Vítimas de abuso sexual, seja qual for sua natureza, ficam sujeitas a efeitos devastadores e prejudiciais, que podem se revelar, desde o seu ajustamento sexual, aos problemas interpessoais e psicológicos, com reflexos nas relações familiares, na vida profissional ou na convivência social. Não há uma determinante da amplitude do dano, cada indivíduo possui um comportamento próprio de absorver ou resolver as situações de adversidade que ocorrem durante sua vivência.

3 A (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS

Como se tem referido desde o início do estudo, a figura do estupro de vulnerável foi introduzida no Ordenamento Jurídico Brasileiro através da Lei n. 12.015/2009, que buscou proteger e tutelar crianças e adolescentes incapazes de discernir e decidir racionalmente sobre a participação em questões que envolvem sexo.

A Lei em comento, visando a proteção dos direitos das vítimas de crimes sexuais, além de atualizar a norma sobre essa questão, buscou sanar as dúvidas suscitadas pelo artigo 224 do Código Penal, que tratava da presunção de violência em crimes sexuais (antes crimes contra os costumes) e serviam para a defesa do sujeito ativo no momento da imputação por delito sexual, possibilitando, dessa maneira, a relativização da conduta (NUCCI, 2010, p. 100).

Antes de vigorar a nova Lei, só se configurava o crime sexual se a conjunção carnal contra mulher era praticada mediante constrangimento, violência ou grave ameaça. Esses eram os requisitos também para a criminalização do ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que até então era tipificado em separado, com penas mais leves. Conforme se lê:

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: (Redação anterior).

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Parágrafo único - (Revogado pela Lei n. 9.281, de 04/06/1996).

Atentado violento ao pudor (Revogado pela Lei n. 12.015/07/08/2009)

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos (BRASIL, CP, 1940).

A condição de violência era definida pelos pressupostos relacionados no artigo 224 'a', do Código Penal, *in verbis*:

Presunção de violência

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

a) não é maior de 14 (catorze) anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (Revogado pela Lei n. 12.015/07/08/2009) (BRASIL, CP, 1940).

Não encontrados esses pressupostos, não se configurava o crime de estupro. Com a nova redação do artigo 213 e a revogação do artigo 214, em razão da edição da Lei n. 12.015/2009, os artigos 223 e 224 perderam o sentido, sendo revogados e excluídos do Código Penal.

Em vista desse fato, a questão deveria ter sido resolvida, uma vez que, conforme passou a determinar a norma, sendo a vítima menor de 14 anos, o crime já se configura, seja por conjunção carnal ou por indução ao ato libidinoso. Ademais, quaisquer outros requisitos são dispensáveis, não há atenuantes em se tratando de vítima vulnerável.

Porém, não são pacíficas as decisões nesse sentido. Ainda há muitos casos em que a relativização tem sido determinante para a isenção da imputação. Neste capítulo serão analisadas jurisprudências onde a vulnerabilidade é questionada, cujas decisões são determinadas por situações pontuais.

3.1 Vulnerabilidade absoluta e relativa

A condição de vulnerabilidade, conforme prevê a norma, é atribuída ao menor de 14 anos, ou a qualquer outra pessoa incapacitada de exprimir a sua vontade, por não possuir o claro discernimento da prática de determinado ato, que possa implicar no desenvolvimento físico ou mental, ou ainda, incapacitar ou reduzir sua capacidade nas atividades funcionais.

A presunção absoluta (*juris et de jure*)²⁰ significa que o Legislador passa a reger pressupostos de existência ou não existência de um direito. A presunção relativa (*juris tantum*)²¹, por sua vez, implica na possibilidade de prova em contrário (BADARÓ, 2009, p. 123).

A questão da presunção relativa ou absoluta sempre gerou controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais nas mais diversas áreas do Direito, no entanto, quando se trata de crianças ou adolescentes vítimas de violência ou abuso, especialmente nos crimes sexuais, é necessária uma análise mais aprofundada sobre o cabimento da relativização da vulnerabilidade, considerando a necessidade iminente de proteção de qualquer menor, pois as condições que lhes são

²⁰ Juris et de jure - de direito e pelo direito (EXPRESSÕES LATINAS, 2013).

²¹ Juris tantum - de direito (EXPRESSÕES LATINAS, 2013).

concedidas para seu desenvolvimento é que formarão o adulto pleno, tanto no plano físico, como psicológico.

Em algumas decisões, onde a vítima do estupro era menor de 14 anos e já possuíam uma vida promíscua, os desembargadores afastavam a presunção de violência²². Nucci e Bitencourt asseveram que a criação do artigo 217-A no Código Penal, e a substituição da presunção de violência por vulnerabilidade, não tiveram o condão de sepultar esta presunção:

A cautela, nessa interpretação, se impõe. A alteração da forma típica de descrição do estupro de pessoa incapaz de consentir na relação sexual foi positiva, mas não houve descriminalização da conduta. Ao contrário, gerou elevação da pena. Portanto, tendo ocorrido simples inovação de redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade, nem tampouco os debates havidos, há anos, nas cortes brasileiras, ao menos em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos [...] (NUCCI, 2010, p. 927).

Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação. Entretanto, manter relação sexual com pessoa menor de 12 anos, com ciência disso, provoca o surgimento da tipificação no art. 217-A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrário, para a tutela obrigatória da boa formação sexual da criança (BITENCOURT, 2010, p. 95).

Nucci (2010, p. 927), portanto, confirma que não há o que se discutir se a vítima tiver a idade inferior a 12 anos, o artigo 217-A deverá ser aplicado. Já em caso de consentimento da vítima com idade entre 12 e 13 anos, deve prosperar o debate. “O contexto social, a forma de criação, o conhecimento em matéria sexual deve sopesar nas decisões dos julgadores”, entende o autor. Porém, pode-se confirmar com a pesquisa realizada, na maioria das decisões dos Tribunais Superiores, esta ideia não é compartilhada²³, tem prevalecido que a vulnerabilidade é absoluta.

²² I – Pronunciamento do Min. Marco Aurélio em um acórdão sobre a relatividade da presunção – “Nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidade, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir”.

II- Votos favoráveis à presunção relativa a à absolvição do paciente: Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Correa; contrários: Carlos Velloso e Néri da Silveira (Habeas Corpus n. 73.662/MG. STF - Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Julgado em: 21.05.2005).

²³ Habeas Corpus. Penal e Processual Penal. Estupro. Violência Presumida. Caráter Absoluto.

1. Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea “a” do Código Penal é absoluta.

2. A violência presumida foi eliminada pela Lei n. 12.015/09. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos, consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou

Greco (2010) e Prado (2010), por seu turno, discordam de Nucci e Bitencourt. Para eles a idade da vítima representa um critério objetivo, em nenhum momento o tipo faz alusão a qualquer tipo de presunção, ao contrário, proíbe categoricamente qualquer pessoa de manter relacionamento sexual, ou ainda, praticar qualquer ato libidinoso diverso, com pessoa menor de 14 anos.

A Lei n. 12.015/2009 abandonou a sistêmica da presunção de violência, que tanta controvérsia gerava. Objetivamente, previu como crime o ato de manter relacionamento sexual com uma das pessoas vulneráveis elencadas no respectivo tipo penal. Assim, pouco importa que uma pessoa de 12, 13 ou quase 14 anos já tenha se relacionado sexualmente, se consentiu com o ato, se prostituída etc. Aquele que for flagrado com ela mantendo relação sexual, ciente de sua idade, responderá pelo crime.

Não há que se falar em presunção relativa, capaz de afastar o enquadramento. A própria Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado n. 253/1994 (in GONÇALVES, 2011, p. 536-537), advinda da CPMI sobre a violência sexual e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes, assim esclarece:

Esse artigo, que tipifica o estupro de vulnerável, substitui o atual sistema de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção legal de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquele que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência ou sua presunção. Trata-se de objetividade fática. Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos de proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais.

A Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado supracitada, não deixa qualquer dúvida de que a presunção de violência é absoluta em caso de conjunção

carnal ou prática de qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, doente mental ou que não possa oferecer resistência.

O que vem sendo alegado para a defesa do acusado de estupro de vulnerável, em alguns casos, é a justificativa da conduta do agente por erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime, fundamentada pelo artigo 20 do Código Penal²⁴, conforme explica Gonçalves (2011, p. 537):

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

O erro de tipo sobre a idade da vítima, consubstanciado na maturidade física e mental de uma pessoa com mais de 14 anos, pode livrar o agente da condenação sob a excludente de culpabilidade pelo erro essencial sobre elemento do tipo; já passar despercebido pelo agente que a pessoa é doente ou deficiente mental é bem mais difícil, invalidando uma defesa nesse sentido, uma vez que a condição de vulnerabilidade é a ausência de discernimento para consentir validamente ao ato sexual.

3.2 Exclusão da tipicidade quando evolver menores entre 12 e 14 anos

Observa-se, pelos meios de comunicação, redes sociais e festas promovidas para jovens, que a vida sexual tem se iniciado cada vez mais precocemente. Diante disso, alguns Operadores de Direito e pessoas na sociedade em geral, entendem que em certos casos de estupro de menores entre 12 e 14 anos não há que se considerar a vulnerabilidade das vítimas, pois essas teriam capacidade suficiente para discernir, liberdade para decidir em consentir ou não e experiência na prática dos atos.

²⁴ Art. 20, CP - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§ 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 culposo.

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime (BRASIL, Código penal, 1940).

Reitera-se, no entanto, que a princípio o crime de estupro de vulnerável se caracteriza quando o agente mantém relação sexual ou atos libidinosos com vítima menor de 14 anos, ou que esteja acometida de enfermidade ou doença mental, bem como se estiver com sua capacidade de resistência reduzida (art. 217-A, CP). Apenas isso. O prescrito no artigo 217-A não exige o emprego de violência ou grave ameaça para que exista o delito e, ainda, considera viciado o consentimento. Portanto, mesmo que a vítima consinta na conjunção carnal ou na prática de qualquer outro ato de libidinagem, ocorrerá o crime de estupro de vulnerável.

Nucci (2009, p. 36) contesta esse caráter absoluto que a norma empregou à vulnerabilidade, especialmente para questões que envolvem menores com idade entre 12 e 14 anos. Afirma o autor:

Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Subentende-se que Nucci (2009) considera a norma desatualizada com a realidade do mundo atual, inadequada por não considerar os princípios da intervenção mínima e da ofensividade, que são fundamentais no Direito Penal Brasileiro, sendo que esses têm por função constituir limite ao direito de punir do Estado e estabelecer baliza na fixação da pena²⁵.

Teles (2010, s/p) também questiona a norma que determina ser absoluta a vulnerabilidade do menor de 14 anos para configurar o crime de estupro. O autor apresenta o exemplo de um jovem, maior de 18 anos, que ao beijar sua namorada, que tem 13 anos e 11 meses, comete o estupro de vulnerável, ficando sujeito a pena de 8 a 15 anos de reclusão. É evidente que há uma desproporção entre esse fato e a previsão normativa. Porém, certamente nenhum julgador será incoerente ao ponto de aceitar uma denúncia por um simples beijo, tampouco penalizar por isso. Para

²⁵ Princípio da intervenção mínima - a criminalização de um fato somente se justifica quando constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico.
Princípio da ofensividade - devem ser afastadas condenações criminais nas quais haja adequação da conduta à norma sem, contudo, estar presente ofensa a bem protegido pelo direito (NUCCI, 2010).

que o estupro seja caracterizado, é necessário, no mínimo, que a conduta do agente represente um abuso, assunto que foi tratado no capítulo anterior.

Verifica-se que a discussão em torno de casos de estupro de vulnerável concentra-se em saber se a presunção de violência é absoluta ou relativa, isto significa que será possível ou não prova do consentimento por parte da vítima. Na interpretação de Greco (2010), a discussão dessa questão não tem razão de ser, pois quando o Legislador criou um crime autônomo para tutelar os vulneráveis, especialmente os menores de 14 anos, ele definiu o crime como sendo de presunção absoluta, ou seja, independe de prova do consentimento da vítima.

Partindo do pressuposto que a vítima, menor de 14 anos e maior de 12, já tivesse passado por alguma experiência sexual antes de ocorrer o estupro, não há que se considerar, pois foi cientificamente comprovado, que um menor de 14 anos, psicologicamente não possui estrutura para assumir qualquer responsabilidade, nem o discernimento para avaliar a dimensão das consequências de determinadas decisões. Sobre essa base que foi estruturada a norma e, em momento algum, faz apartes sobre menores com a idade entre 12 e 14 anos, apenas se refere aos menores de 14 anos.

Interessante é a interpretação de Vercelone (apud CURY et al., 2001, p. 17) sobre a intenção de tratamento especial menores formalizado pelo ECA:

[...] não se trata de uma classe social ou de uma etnia, mas de uma categoria de cidadãos identificada a partir da idade. Mas trata-se, contudo, de uma revolução, e o que mais impressiona é o fato de que se trata de uma revolução feita por pessoas estranhas àquela categoria, isto é, os adultos em favor dos imaturos.

O que se quer demonstrar é que, justamente a idade é que caracteriza o tratamento especial que as normas dispõem, na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal, quando referem, especialmente, a vulnerabilidade. Portanto, não há como excluir a tipicidade do crime sexual cometido contra menores de 14 anos, sob qualquer alegação, seja o consentimento da vítima, seja sua experiência ou por se encontrar na faixa etária entre 12 e 14 anos, nem mesmo por ser do conhecimento da família.

3.3 Relativização nos crimes sexuais contra menores

Com o estudo realizado até o momento pode-se verificar que a relação sexual, ou qualquer ato libidinoso com pessoas, classificadas como vulneráveis, de acordo com o que estabelece a Lei Penal (arts. 217-A, 218, 218-A, 218-B, CP), é vedado.

Também se pode constatar que a intenção do Legislador, ao especificar o estupro de vulnerável, foi de resguardá-lo, de maneira absoluta, de qualquer ato que possa violar a sua integridade e de protegê-lo por sua condição de incapaz em discernir.

Entretanto, há quem discorde dessa imposição da norma, defendendo a relativização em função do consentimento da vítima, do não emprego de violência, da experiência do menor, da capacidade de discernimento, da vítima prostituída etc.

Os Tribunais têm decidido, tanto com base nesses critérios, considerando ser relativa a vulnerabilidade da vítima, ou consoante a interpretação literal da Lei Penal, de que a condição de vulnerabilidade da vítima é absoluta, prevalecendo, porém, esta última, questões estas que serão analisadas a seguir.

3.3.1 Idade e maturidade

A maioria dos julgadores entende que o Legislador, ao prever o estupro de vulnerável, fixou que os menores de 14 anos deveriam ser salvaguardados pelo Estado, independentemente de qualquer outra circunstância envolvida no caso em concreto. Já outros defendem que deve haver uma avaliação relativa ao caso que envolve menores entre 12 e 14 anos, pois entendem que, atualmente, nessa idade, a maioria dos jovens já possui maturidade suficiente para discernir no consentimento ou não de prática sexual, e muitos já se relacionam sexualmente com frequência.

Porém, a relativização da vulnerabilidade de menores entre 12 e 14 anos nos crimes sexuais não é acolhida pela maioria dos Tribunais, como também não foi pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Criminal n. 70046102869, que julgou ser absoluta para o menor de 14 anos, vítima de atos libidinosos:

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 1. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO.

Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pela prova produzida. Hipótese em que a ofendida (13 anos de idade) vítima foi convidada pelo acusado (26 anos), pessoa com quem estava “ficando”, a visitar a residência deste. No local, após conduzir a lesada ao quarto, investiu contra ela, com claro intento libidinoso. Com a negativa da petiz à prática de atos sexuais, fez o uso de violência real contra a infante, segurando seus braços, forçando-a a realizar coito vaginal e anal. Relevância da palavra da vítima para embasar o édito condenatório, sobretudo quando inexistem motivos para falsa imputação. Relato vitimário plenamente corroborado pelo depoimento de sua mãe, que notou os ferimentos nos braços da pré-adolescente dois dias após a ocorrência dos fatos. Réu que admite a realização de atos sexuais com a ofendida, negando o emprego de violência e/ou grave ameaça, afirmando o consentimento daquela. Vítima menor de 14 anos de idade. Caracterização do delito, independentemente do consentimento da lesada - que na espécie não ocorreu. Anteriormente à Lei 12.015/2009, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito era que, em casos tais, a presunção de violência era absoluta. Precedentes jurisprudenciais. Posteriormente, cuidando-se de menores de 14 anos, a violência nem mesmo constitui elemento do tipo penal respectivo - “estupro de vulnerável”. Entendimento que se justifica em face da incapacidade das crianças e adolescentes, de discernirem, fazerem opções responsáveis e maduras sobre sua sexualidade e tomarem atitudes pelas quais se possam responsabilizar. Condenação mantida²⁶.

Observa-se que, para fundamentar a manutenção da condenação, bastou apenas a vítima ter idade inferior a 14 anos, sendo inclusive, considerando irrelevante o uso de violência como elemento do tipo penal de estupro, conforme prescreve o artigo 217-A do Código Penal.

²⁶ Apelação Criminal n. 70046102869. TJ/RS - Oitava Câmara Criminal de Farroupilha. Relatora: Desembargadora Fabianna Breton Baisch. Julgado em: 14/12/2011. Publicado em: DJ 19/01/2012. <Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

Da mesma forma é o entendimento da Quinta Turma do STJ, que assim decidiu ao negar provimento em um Recurso Ordinário:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. AMEAÇA A VÍTIMA E SEUS FAMILIARES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 2. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, tal como ocorre no caso em análise.

2. Na hipótese, inexistente ilegalidade a ser sanada, uma vez que as instâncias ordinárias justificaram a segregação provisória, dentre outros, na necessidade de resguardo da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, nos termos disciplinados no art. 312 do Código de Processo Penal, evidenciadas pela gravidade concreta do crime - prática de sexo oral em vítima de 13 anos, tentando a cópula anal, ato contínuo, o que só não se consumou em razão de viatura policial ter passado no local -, bem assim em razão de o acusado continuar importunando a vítima e sua família, revelando seu comportamento ousado e perigo de novas investidas contra a dignidade sexual da ofendida, notadamente diante da informação de que o réu, após o crime em desfile, retornou à residência da vítima e também ofereceu carona para a sua irmã. Precedentes.

3. É cediço o entendimento desta Corte no sentido de que a existência de condições pessoais favoráveis não impede a manutenção da segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais, como se dá na hipótese dos autos.

4. Recurso ordinário a que nega provimento²⁷.

Nota-se que, ao concordar com a imputação do crime ao acusado e determinar a manutenção da prisão cautelar, pela necessidade de resguardo da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, o STJ visou o afastamento do perigo para a vítima e seus familiares, prezando pela sua segurança.

3.3.2 Consentimento da vítima

Reitera-se que os vários embates doutrinários e jurisprudenciais sobre a presunção de violência, com a revogação do artigo 224 do Código Penal²⁸ e a

²⁷ Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 2013/0145429-4. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. STJ - Quinta Turma. Julgado em: 27/08/2013. Publicado em: DJe 03/09/2013.

²⁸ Art. 224, CP - Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de 14 (catorze) anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Revogado pela Lei n. 12.015/07.08.2009 (BRASIL, Código penal, 1940).

introdução da figura do vulnerável nos crimes sexuais (art. 217-A, § 1º, CP) pela Lei n. 12.015/2009, deveria ter pacificado o entendimento quanto ao caráter absoluto da imputação penal.

No entanto, como exposto anteriormente (item 3.2), há autores, como Nucci (2009), que não concordam com o caráter absoluto de vulnerabilidade do menor de 14 anos, estabelecido pelo Legislador através da já referida Lei n. 12.015/2009, afirmando que a discussão nesse sentido deverá persistir nos Tribunais.

Bitencourt (2011, p. 337) alinhando-se com Nucci, diz que o consentimento deve ser relativizado no estupro de vulnerável:

Dizemos, basicamente, por que, assim como a violência é presumida, a incapacidade de resistir igualmente o é nesta infração penal. No entanto, tal qual a violência, essa **presunção implícita**, também em relação à **capacidade** de consentir ou, **mutatis mutandis**, de **resistir**, é igualmente submetida à necessidade de ser comprovada, **in concreto**, relativizando-se tais presunções (grifos do autor).

Entretanto, na maioria dos casos pesquisados, os Tribunais não tem aceito a tese dos referidos doutrinadores, decidindo pelo caráter absoluto da vulnerabilidade do menor de 14 anos, independentemente do seu consentimento ao ato sexual, conforme se pode verificar no julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ALEGADO CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. ABOLITIO CRIMINIS. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal do estupro.

2. Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n. 11.464/07, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo se observar para a fixação do regime de cumprimento de pena o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, uma vez que, no caso, a prática delitiva ocorreu no ano de 2003. Nessa esteira, sendo o Condenado primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é de ser reconhecido seu direito à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto nos mencionados dispositivos do Estatuto Penal, de modo que o regime prisional seja o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, inciso II, alínea b.

3. Agravo regimental parcialmente provido²⁹.

²⁹ Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2009/0189459-0. STJ - Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em: 27/08/2013. Publicado em: DJe 04/09/2013.

Observa-se que a decisão pela vulnerabilidade absoluta é sobre fato que ocorreu em 2003, época em que ainda não havia sido promulgada a Lei n. 12.015/2009, mas foi mantida sua superveniência. A temporalidade, no entanto, foi considerada para a Lei n. 11.464/2007, que determinou uma diminuição significativa da pena.

3.3.3 Ausência de violência ou grave ameaça

Conforme leciona Bitencourt (2011), a violência ou grave ameaça consiste em retirar da vítima sua força ou sua capacidade de defesa, devido seu dissenso ou resistência à intenção do agente, pelo artigo 213 do Código Penal, em cometer o estupro.

Diferente é, porém, o estupro de vulnerável tipificado no artigo 217-A, que não exige o uso de violência ou grave ameaça para sua configuração, apenas que a vítima tenha menos de 14 anos, ou possua doença ou deficiência mental, ou que não possa oferecer resistência.

Nucci (2011, p. 243) entende que a lógica utilizada pelo Legislador ao definir a vulnerabilidade pela idade cronológica, foi de criar a Lei justamente para atender às necessidades do infante, incapaz de discernir quanto à prática sexual. Aduz o autor:

A relação sexual com vulnerável pode não envolver violência ou grave ameaça real, leia-se, pode ter sido “consentida” pelo ofendido, que, após não reclama e pode até ter apreciado. Entretanto, por regras de experiência, captadas pelo legislador, é vedada a prática sexual com tais pessoas, visto que a maioria não tem discernimento suficiente, nem condições de autorizar o ato, logo, a vulnerabilidade de suas situações indica a presunção de ter sido violenta a prática do sexo.

No entanto, Nucci (2011) continua criticando severamente os critérios estabelecidos pela Lei n. 12.015/2009 para tipificar o crime de estupro de vulnerável, alegando não estar em sintonia com aqueles estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Afirma Nucci (2011, p. 245):

O legislador na área penal continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo de definição de criança e adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar de equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto de estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação [...].

Conforme apontou Nucci, se a Lei que inseriu o estupro de vulnerável no Código Penal tivesse seguido os critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para definir as faixas etárias correspondentes à criança e ao adolescente, não haveria tanto conflito nos julgamentos desse tipo penal, especialmente em caso de o adolescente (maior de 12 anos) ter consentido o ato.

Mas, com relação ao entendimento de Nucci, o apontamento que se faz é que o ECA (art. 2º)³⁰, ao considerar criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, não faz qualquer suposição sobre adolescentes serem menos vulneráveis que crianças, ao contrário, dispõe que essa divisão é “para os efeitos desta Lei”.

³⁰ Art. 2º, ECA - 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.

Parágrafo único - Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Esse foi o critério adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para rejeitar a denúncia de estupro de menor de 14 anos e conceder a ordem de *Habeas Corpus* ao agente:

ESTUPRO (FORMA QUALIFICADA). PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA (VÍTIMA MENOR). RELATIVIZAÇÃO (CASO CONCRETO). DENÚNCIA (REJEIÇÃO).

1. O estupro pressupõe o constrangimento mediante violência ou grave ameaça, di-lo o art. 213 do Cód. Penal. Assim, a presunção a que se referia o revogado art. 224, a, do referido Código é, aos olhos do Relator, de cunho relativo.
2. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e a violência sexual, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente e que decorram de consentimento não viciado. Não é papel do Penal limitar a liberdade sexual, mas garanti-la.
3. Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades daí decorrentes.
4. No caso concreto, conclui-se, das declarações prestadas, que o ato sexual foi praticado espontânea e consentidamente pela jovem menor de 14 anos, devendo, pois, ser relativizada a violência presumida.
5. Ordem concedida para se restabelecer a decisão do Juiz da 3ª Vara Criminal da comarca de Passo Fundo que rejeitou, quanto ao crime de estupro, a denúncia oferecida contra o paciente³¹.

Pode-se verificar que o artigo 217-A, que tipifica o estupro pela vulnerabilidade do menor de 14 anos, foi totalmente ignorado, sendo a decisão fundamentada sob o tipo de estupro comum, elencado no artigo 213 do Código Penal, atribuindo-lhe caráter relativo, devido à revogação do artigo 224, que estabelecia a presunção de violência. O consentimento da menor de 14 anos foi a justificativa utilizada para a descaracterização do estupro.

3.3.4 Experiência anterior ou prostituição

O fato de a vítima possuir alguma experiência sexual ou já estar prostituída à época do crime, não deve ter relevância para a isenção da imputação penal por estupro de vulnerável, pois a ilicitude da conduta do agente se funda na idade da vítima menor de 14 anos.

³¹ Habeas Corpus n. 110.876/RS (2008/0154005-7). STJ - Sexta Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Julgado em: 06/04/2010. Publicado em: DJe 20/09/2010.

Prevalece nos Tribunais o entendimento de que, mesmo no caso da menor já se encontrar em atividade sexual ou ter discernimento necessário sobre o seu corpo, não é admissível isentar o agente da responsabilidade criminal:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. IRRELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no artigo 224, alínea "a", do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta.

2. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que a aludida presunção é de caráter relativo.

3. A alegada inocência do paciente, a ensejar a pretendida absolvição, é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. PRESENÇA DE APENAS TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO DESPROPORCIONAL DA SANÇÃO BÁSICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. No caso dos autos, constata-se que a Corte Estadual declinou fundamentos concretos, não inerentes ao tipo penal infringido, ao considerar desfavoráveis ao paciente a sua culpabilidade, personalidade e consequências do crime.

2. Contudo, a presença de três circunstâncias judiciais negativas não é suficiente para que se eleve a sanção básica do paciente em 2 (dois) anos, mostrando-se tal aumento desproporcional.

3. Assim, o édito repressivo merece ser reformado nesse ponto, aplicando-se a sanção básica um pouco acima do mínimo legalmente previsto, qual seja, 7 (sete) anos de reclusão, mantendo-se a redução de 1 (um) ano procedido em razão da presença de duas circunstâncias atenuantes e, ante a ausência de causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, fica a reprimenda definitiva fixada em 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.

4. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base do paciente, tornando a sua sanção definitiva em 6 (seis) anos de reclusão, mantido, no mais, o acórdão objurgado³².

Ao manter a imputação pelo estupro de vulnerável ao acusado, a Quinta Turma do STJ firmou o entendimento de que a experiência sexual anterior ou o consentimento da vítima menor de 14 anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, pois a presunção de violência é de natureza absoluta. Porém,

³² Habeas Corpus n. 2011/0266327-0. Relator: Ministro Jorge Mussi. STJ - Quinta Turma. Julgado em: 18/10/2012. Publicado em: DJe 05/11/2012.

pode-se verificar que esse entendimento não é unânime, pois a posição do Relator é de que a referida presunção, no caso, é de caráter relativo.

Da mesma forma julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela condenação dos agentes pelo crime de estupro, onde as vítimas eram prostitutas:

CRIMES SEXUAIS CONTRA ADOLESCENTES. AGRAVO RETIDO.

O agravo retido é recurso que inexistente no âmbito do processo penal, não tendo qualquer repercussão no exame das apelações.

BANDO OU QUADRILHA. ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL.

Não restando evidenciada efetiva organização estável e duradoura para a prática de crimes sexuais, é mantida a absolvição dos acusados.

ESTUPROS E ATENTADOS VIOLENTOS AO PUDOR CONTRA DIVERSAS VÍTIMAS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. VULNERABILIDADE SOCIAL E ECONÔMICA DAS menores, EM FACE DE ADULTOS COM IDADE AVANÇADA.

Sustentar a exclusão da presunção de violência no fato de as vítimas – adolescentes - terem experiência sexual é desconhecer a vulnerabilidade social e econômica em que estão inseridas, nada justificando que agentes, com idade avançada se aproveitassem da situação para praticar os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor demonstrados nos autos.

Registre-se que a questão relativa a delitos sexuais praticados com crianças e adolescentes supera o aspecto puramente moral, pois se trata de atos criminosos.

Chancelar com o manto da Justiça atos odiosos à dignidade de adolescentes, carentes de recursos e, portanto, vulneráveis, é admitir que a ofensa à dignidade humana seja apenas falácia e elemento de discurso. Demonstrada a ocorrência e a autoria dos fatos, a condenação se impõe³³.

Fundamentou o Egrégio Tribunal, que a experiência sexual das vítimas é decorrente da condição social e econômica em que se encontram, situação que por si só já caracteriza a vulnerabilidade dos menores, não podendo a Justiça chancelar a falha da tutela do Estado, retirando-os da proteção da lei, mas sim conceder-lhes o direito por um mínimo de dignidade, condenando os criminosos pela violência e humilhação a que foram expostos.

Inverso, porém, foi o entendimento da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que presumiu ser relativa a vulnerabilidade em função da experiência anterior da vítima e o consentimento do ato sexual mediante pagamento, revogando a prisão preventiva do agente, aplicando medida cautelar em substituição ao encarceramento:

³³ Apelação Criminal n. 70031155229. TJ/RS - Quinta Câmara Criminal. Relatora: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton. Julgado em: 05/05/2010. Publicado em: Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP) VÍTIMA COM 13 ANOS E 09 (NOVE) MESES DE IDADE, DEFLORADA DE DATA NÃO RECENTE OFENDIDA CONFIRMOU NA POLÍCIA RELAÇÕES SEXUAIS PAGAS COM O PACIENTE DE 66 (SESSENTA E SEIS) ANOS, PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES - FACULTADO AO JUÍZO DE ORIGEM A FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES, NOS TERMOS DA SISTEMÁTICA ESTABELECIDADA PELA LEI Nº 12.403/11 - ORDEM CONCEDIDA.

[...] Pleiteia o impetrante, em síntese, a revogação da prisão preventiva do paciente, por ser primário, de bons antecedentes, com residência fixa e ocupação lícita, expedindo-se contramandado de prisão. Além disso, alega falta de justa causa para a prisão, uma vez que a vítima era deflorada de data não recente, bem como não há provas de que o réu tenha mantido relações sexuais com a ofendida. A liminar foi indeferida e a autoridade apontada como coatora prestou as informações, remetendo cópias dos documentos pertinentes (fls. 09/10 e 23/50). A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem. É o relatório. [...]

Pretende o impetrante, via o presente remédio heroico, a revogação da ordem de prisão, alegando, em apertada síntese, falta de justa causa para a custódia cautelar, pois o acusado é primário e de bons antecedentes, possui residência fixa e é aposentado, além de possuir problemas de saúde, visto que idoso. Ademais, argumenta que a ofendida não era virgem de data não recente, inexistindo prova de que Anatólio tenha de fato mantido relações sexuais com a menor.

Os estreitos limites da via escolhida não permitem análise aprofundada de provas. Todavia, pelo que se observa das peças integrantes deste “habeas corpus”, a situação apresenta-se peculiar, devendo ser analisada de forma mais criteriosa.

A ofendida, por ocasião do registro policial dos fatos, ocorrido em 05/02/2013, contava com 13 (treze) anos e 09 (nove) meses de idade, visto que nascida em 06/05/1999. Em suas declarações perante a autoridade policial, Munique admitiu ter mantido relações sexuais com o réu em duas oportunidades, sempre em troca de R\$ 20,00 (vinte reais) em cada vez. Confirmou, também, não ser virgem quando teve o primeiro contato sexual com Anatólio (fls. 35).

Por sua vez, o paciente admitiu que manteve relações sexuais com Munique, adolescente que conhecia desde os tempos da infância dela, que, posteriormente, foi abandonada pela mãe e passava por dificuldade financeiras. Ficou anos sem rever a moça e, quando a reencontrou, ela já estava crescida e com corpo de mulher, o que o fez pensar que ela já tivesse mais idade. Em certa ocasião, a menina esteve em sua casa e, por iniciativa dela, tiveram relação sexual. Em seguida, alegando que precisava comprar comida, Munique lhe pediu R\$ 20,00 (vinte reais), que o depoente lhe deu. Quando soube da idade da menor, não mais tiveram qualquer contato sexual (fls. 36).

Além do depoimento de Munique na fase policial não deixar dúvidas quanto ao seu consentimento em relação à prática de relações sexuais com o paciente, tampouco há nos autos qualquer evidência de violência física ou moral contra a adolescente, nem indícios de que tenha sido forçada pelo réu, ainda que considerada a pouca idade.

A presunção de vulnerabilidade, prevista no tipo penal de “Estupro de vulnerável”, capitulada no artigo 217-A, introduzido pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, não pode ser tida como absoluta.

Essa presunção deve ser relativizada, analisando-se cada caso individualmente, considerando os aspectos particulares de cada um (grifos nossos).

Isso porque, a realidade social do país impõe que a interpretação dos textos legais se adapte à situação de fato em que vive grande parte da população. A precocidade da iniciação sexual de crianças e adolescentes, **principalmente nas classes sociais mais baixas, sobremaneira nas regiões afastadas dos grandes centros urbanos, é problema de saúde**

pública, diretamente ligado à educação deficiente e à falta de informação e cultura. Em suma, é um problema social para o qual o Direito indiscutivelmente deve contribuir, mas não como protagonista (grifos nossos).

É certo que uma adolescente de 13 (treze) anos não possui capacidade plena, legal ou intelectualmente, para decidir sobre suas próprias atitudes. Contudo, a prisão do “autor do fato” certamente não é a melhor solução para a questão. Não parece razoável manter no cárcere um indivíduo pelo fato de ter mantido relações sexuais consensuais com uma adolescente que, pelo que indicam os autos, iniciava-se na prostituição. [...]

Embora recentes julgados do Supremo Tribunal Federal tenham afirmado o caráter absoluto da presunção de violência, entendemos que o caso a caso ainda deve prevalecer, principalmente quando se trata de vítima adolescente, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, maior de 12 (doze) anos de idade e menor de 14 (quatorze). [...]

Pelo exposto, excepcionalmente, CONCEDO A ORDEM, impetrada em prol de Anatólio Pereira dos Santos, revogando a ordem de prisão preventiva, facultando ao Juízo *a quo* a fixação de medidas cautelares, nos termos da nova sistemática estabelecida pela Lei nº 12.403/11. Expeça-se *contramandado de prisão* ou, se o caso, *alvará de soltura clausulado*.

MARCO ANTONIO Marques da Silva - Relator³⁴ (grifos nossos).

Nota-se que esse julgamento é peculiar em relação aos outros, pois afirma que a presunção de vulnerabilidade, prevista no artigo 217-A, referente ao “Estupro de vulnerável”, não pode ser tida como absoluta, que essa presunção deve ser relativizada, analisando-se cada caso individualmente, considerando os aspectos particulares de cada um.

A Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao justificar sua decisão, o fez de maneira preconceituosa ao referir que “a precocidade da iniciação sexual de crianças e adolescentes, **principalmente nas classes sociais mais baixas [...]**”. Ainda se posiciona como espectador, dizendo que “**é problema de saúde pública, diretamente ligado à educação deficiente e à falta de informação e cultura.** Em suma, é um problema social para o qual **o Direito indiscutivelmente deve contribuir, mas não como protagonista**”.

Parece que os desembargadores, ou não querem manifestar, ou estão de olhos vendados para o fato que ocorre em todas as camadas sociais, pois, definitivamente, não há distinção cultural ou econômica nesses crimes, apenas de desrespeito à dignidade da pessoa humana e inobservância e desobediência da norma, da qual estão colaborando para que assim continue.

Analisando os diversos posicionamentos doutrinários e as várias jurisprudências apresentadas, observa-se que a intenção do Legislador, com a

³⁴ Habeas Corpus 0091064-43.2013.8.26.0000. TJ/SP - 6ª Câmara de Direito Criminal da Comarca de Igarapava. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. Julgado em: 05/09/2013. Registrado em: 10/09/2013.

promulgação da Constituição Federal de 1988 e que vem reafirmando na norma esparsa, de priorizar a pessoa humana em todos os seus aspectos, não está sendo acolhida da integralidade, uma vez que, para solucionar conflitos hermenêuticos, a sugestão apresentada por alguns doutrinadores renomados vem na forma de racionalizar o Direito, como se o indivíduo fosse apenas um elemento a ser classificado, o que é mesmo lamentável!

CONCLUSÃO

Nas primeiras linhas do presente trabalho já foi possível constatar que, quando se busca subsídios para analisar e inserir a figura da criança ou do adolescente no mundo jurídico, especialmente na norma penal, a questão assume enormes, diversas e conflituosas dimensões.

A condição especial e peculiar de menor, de ser humano em desenvolvimento, revelou-se necessário a busca de conceitos em todas as ciências antes de defini-los como protagonistas de uma ação penal ou atores em um enredo trágico.

Face às pesquisas realizadas, entendeu-se que haveria uma melhor compreensão de todas as abordagens feitas se, em primeiro plano fosse realizado um estudo sobre o comportamento humano. A partir daí o problema foi direcionado para duas óticas: a) da proteção integral e necessidade de tutela da criança e do adolescente para a efetivação de seus direitos; b) da tipificação do crime sexual contra vulnerável e a imputação do agente violador da integridade do menor. Assim se procedeu.

Ao estudar a história do menor no contexto sociopolítico através dos tempos, verifica-se um passado de violência, arbitrariedades e discriminação no trato de crianças e adolescentes. Daí a importância de normas específicas e a necessidade de tutela e proteção integral.

Assim, a normatização dos princípios fundamentais da pessoa humana pela Constituição Federal de 1988 alcançou também os menores, tornando-os sujeitos de direitos e não mais objetos dos direitos dos adultos, conferindo-lhes o direito à paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade, solidariedade, convivência familiar e comunitária.

Visando a efetivação desses direitos e a proteção especial dos menores em suas dimensões pessoais, como indivíduos em desenvolvimento, em condição de vulnerabilidade em relação ao adulto, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mas, sentiu o Legislador que a fragilidade se estende para além dos direitos fundamentais e sociais, adentra os litígios criminais, pois as crianças continuam sendo desrespeitadas, humilhadas, agredidas e violentadas. E em tempos em que os direitos humanos têm protagonizado o cenário sociopolítico mundial, era chegada

a hora do Direito fazer justiça também para com os menores penalizados injustamente.

Os reiterados casos de violência contra crianças e adolescentes, especialmente de crimes sexuais, ensejou a criação de uma norma para coibir essas práticas. Assim, através da Lei n. 12.015/2009, foram inseridos no Código Penal os artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B, que tratam de um tipo penal específico, o crime de estupro de vulnerável.

A intenção da previsão do novo tipo de estupro foi de dar tratamento diferenciado à pessoa menor de 14 anos, com enfermidade ou deficiência mental, ou que por qualquer outra causa não pudesse oferecer resistência à violência sexual,

O Código Penal, no § 1º do artigo 217-A, define o vulnerável como pessoa “menor de 14 anos”, “incapaz de discernir o ato”, ou independentemente de causa, “impossibilitada de oferecer resistência”. No entanto, há divergências na doutrina e na jurisprudência quanto à configuração da vulnerabilidade em determinados casos, especialmente quando a vítima tem entre 12 e 14 anos.

O Código Penal ao prever o estupro de vulnerável, objetivou tutelar a liberdade sexual de menores incapazes, pela incapacidade em discernir plenamente sobre atos da vida civil. Dessa forma, a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menores de 14 anos, deixou de ser um tipo comum de estupro, para ser um tipo autônomo.

Com a Lei n. 12.015/2009 a presunção de violência nos crimes sexuais foi abolida, pela nova redação do artigo 213 e a revogação dos artigos 214, 223 e 224. Assim, ao inserir o artigo 217-A no Código Penal, tipificando o estupro de vulnerável, o caráter relativo deixou de existir nos crimes sexuais onde a vítima é menor de 14 anos, ou pessoa impossibilitada de oferecer resistência. Quaisquer outros requisitos são dispensáveis, não há atenuantes em se tratando de vítima vulnerável. Seja por conjunção carnal ou por indução ao ato libidinoso, a vulnerabilidade da vítima é absoluta. Inexiste qualquer possibilidade para isentar o agente da imputação pelo crime.

Entretanto, os defensores da vulnerabilidade relativa ao caso concreto, buscam isentar o agente da imputação criminal baseados na definição adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que criança é pessoa até 12 anos, tendo entre 12 e 18 anos já é adolescente, portanto, capaz de discernir e de consentir com a prática sexual.

Outras tentativas, usadas com frequência, para isentar a imputação pelo crime é de não ter feito uso de violência para se relacionar, ou de a vítima já possuir experiência ou em condição de prostituição em tempo que ocorreu o fato.

Ao concluir a pesquisa, pode-se verificar que os Tribunais têm decidido, tanto com base nesses critérios, considerando ser relativa a vulnerabilidade da vítima, ou consoante a interpretação literal da Lei Penal, de que a condição de vulnerabilidade da vítima é absoluta, prevalecendo, porém, esta última.

A posição acolhida ao término do estudo, é que a norma estabeleceu o caráter absoluto da vulnerabilidade do menor de 14 anos, de pessoas com enfermidade ou deficiência mental, ou pessoas que por qualquer outra causa não possam oferecer resistência ao ato sexual, em momento algum faz referência ou exigência de qualquer outro requisito para a configuração do crime, portanto, não há que se discutir qualquer justificativa para a conduta delituosa do agente.

Mas, mesmo defendendo a abordagem adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, estendida ao Código Penal para os crimes sexuais contra vulnerável, os princípios da razoabilidade e da equivalência de direitos foram os balizadores para a formação de opinião, reiterando sempre os preceitos constitucionais de que todos são iguais perante a lei, sendo-lhes garantido o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, de defesa, acesso à justiça e do devido processo legal, devendo prevalecer, em princípio, a presunção de não culpabilidade. Mesmo condenado e imputado com as penas respectivas, continua sendo uma pessoa humana, condição que, por si só, garante uma série de direitos, especialmente de tratamento digno, pois assim impõe a política de direitos humanos adotada pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

AZEVEDO, Maria Amélia. Consequências psicológicas da vitimização de crianças e adolescentes. In: AZEVEDO, Maria Amélia Guerra; AZEVEDO, Viviane N. de (orgs). **Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. 1. ed. São Paulo: Igulu, 1988.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta**: análise de suas consequências e suas compatibilidades com a presunção de inocência. A renovação processual penal após a constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

BASTOS, José Tavares. **Casamento dos orphaos e menores na República**. Rio de Janeiro: Benjamin de Aguilã, s/d.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte especial: dos crimes contra a pessoa. V. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, J. L.; DELL'AGLIO, D. D. (2008). Relações entre abuso sexual na infância, transtorno de estresse pós-traumático (TEPT) e prejuízos cognitivos. **Psicologia em Estudo**, 13(2), 371-379. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pusp/v23n2/aop0712.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

_____. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a convenção sobre os direitos da criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

_____. Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990. **Aprova a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/>>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Institui o código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 05 nov. 2012.

_____. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Alterada pela Lei n. 6.416/77, Lei n. 9.521/97, Lei n. 6.734/79, Lei n. 6.815/80, Lei n. 10.741/1º.10.2003. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

_____. Emenda constitucional n. 65, de 13 de julho de 2010. **Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227**, para cuidar dos interesses da juventude. DOU 14 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/>>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Emenda constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010. **Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social**. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/>>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/>>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Lei n 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/>>. Acesso em: 11 mai. 2013.

_____. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. **Altera o título VI da parte especial do Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/>>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.122.319 - AC** (2008/0271100-2). STJ - Decisão Monocrática. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Julgado em: 17/08/2011. Publicado em: DJe 24/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?>>. Acesso em: 11 mai. 2013.

_____. _____. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2009/0189459-0**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. STJ - Quinta Turma. Julgado em: 27/08/2013. Publicado em: DJe 04/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 2008/0154005-7**. STJ - Sexta Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Julgado em: 06/04/2010. Publicado em: DJe 20/09/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 2011/0266327-0**. Relator: Ministro Jorge Mussi. STJ - Quinta Turma. Julgado em: 18/10/2012. Publicado em: DJe 05/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

_____. _____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 2013/0145429-4**. STJ - Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 27/08/2013. Publicado em: DJe 03/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 101.456-MG**. STF - Segunda Turma. Relator: Ministro Eros Grau. 09/03/2010. Julgado em: 09/03/2010. Publicado em: DJe 30/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 73.662/MG**. STF - Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Julgado em: 21/05/1996. Publicado em: DJ 20/09/1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal n. 70046102869**. TJ/RS - Oitava Câmara Criminal. Comarca de Farroupilha. Relatora: Desembargadora Fabianna Breton Baisch. Julgado em: 14/12/2011. Publicado em: DJ 19/01/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

_____. _____. **Apelação Criminal n. 70031155229**. TJ/RS - Quinta Câmara Criminal. Relatora: Genacéia da Silva Alberton. Julgado em: 05/05/2010. Publicado em: Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 0020096-84.2010.8.26.0099**. TJ/SP - 6ª Câmara de Direito Criminal. Comarca de Bragança Paulista. Relator: Ericson Maranhão. Julgado em: 19/09/2013. Registrada em: 20/09/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7036488&vICaptcha=arprf>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 0130680-25.2013.8.26.0000**. TJ/SP - Quinta Câmara de Direito Criminal. Comarca de Sorocaba. Relator: Pinheiro Franco. Julgado em: 19/09/2013. Registrado em: 20/09/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7031836>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. _____. **Habeas Corpus 0091064-43.2013.8.26.0000**. TJ/SP - 6ª Câmara de Direito Criminal da Comarca de Igarapava. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. Julgado em: 05/09/2013. Registrado em: 10/09/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7004060>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte especial. V. III. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, A. C. G. Estatuto da criança e do adolescente comentado. In: CURY et al. (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 1992.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

COUTO, I. A. P. do; MELO, V. G. de. Reconstruindo a história do atendimento à infância no Brasil. In: BAZÍLIO, L. C.; EARP, M. de L. S.; NORONHA, P. A. (org.). **Infância tutelada e educação**: história, política e legislação. Rio de Janeiro: Raval, 2002.

CURY, Garrido Marçura. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZACK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. 3. ed. São Paulo: Sammus, 1986.

DEL PRIORE, Mary. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2000, p. 84-106.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

EARP, M. de L. S.; BAZÍLIO, L. C.; SANTOS, T. da S. Políticas públicas de atendimento à infância: uma política da não-política. In: BAZÍLIO, L. C.; EARP, M. de L. S.; NORONHA, P. A. (org.). **Infância tutelada e educação**: história, política e legislação. Rio de Janeiro: Raval, 1998.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, I. A. Miguel. **O estatuto da criança e do adolescente e o professor**: reflexos na sua formação e atuação. São Paulo: Cortez, 2008.

FROTA, M. G. da C. A cidadania da infância e da adolescência: da situação irregular à proteção integral. In: CARVALHO, A. et al. (orgs.). **Políticas Públicas**. Belo Horizonte: UFMG / PROEX, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte especial. V. III. 7. ed. Niterói, RJ: Ímpetos, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JUNG, Carlos Fernando. **Metodologia científica** - Ênfase em pesquisa tecnológica. 3. ed. Ver. e Ampl. 2003/I. E-book. Disponível em: <<http://www.jung.pro.br>>. Acesso em: 02 nov. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado**. Direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial. Artigos 1591 a 1693. V. 16. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LONDONO, Fernando Torres. A origem do conceito menor. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História da criança no Brasil**. Coleção caminhos da história. São Paulo: Contexto, 1991, p. 129-145.

LUZ, Silvia Lopes da; LOPES, Carina Deolinda da Silva. Uma reflexão crítica sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 58, out. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3143>. Acesso em: 12 mar. 2013.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 5. ed. ver. e atual. conforme lei n. 12.010/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. V. 2. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. _____. V. 2. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOLINARO, Carlos Roberto (org.) et. al. **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo horizonte: Fórum, 2008.

MORAES, Antonio Evaristo de. **Crianças abandonadas e criminosas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927. Disponível em: <www.4shared.com.br>. Acesso em: 23 mar. 2013.

MOTTA, Candido Nogueira da. **Os menores delinquentes**: e o seu tratamento no Estado de São Paulo, apresentado ao 4º Congresso Científico no Chile e publicado em 1909. São Paulo: Typographia do Diario Oficial. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal**: princípio da

especialidade e direito intertemporal. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOCTRINA/NELSONMARTHA.HTM>. Acesso em: 10 nov. 2012.

NORONHA, Patrícia Anido. **Infância tutelada e educação**: história política e legislação. Rio de Janeiro: Ravil, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OSTERNE, M. do S. F. A política de assistência ao menor no Brasil – da colônia à modernidade. In: **Revista de Economia do Ceará**. Instituto de Planejamento do Ceará. V. 7. N. 1/2, Fortaleza: jan./dez., 1989.

PASSETTI, Edson. O menor no Brasil Republicano. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História da criança no Brasil**. Coleção caminhos da história. São Paulo: Contexto, 1991, p. 146-175.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed. Parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RAMOS, Jaime. **Aspectos do novo crime de estupro e da ação penal na lei n. 12.015/09 e o direito intertemporal**. Palestra ministrada em 25.09.2009, XII SIMPÓSIO SERRANO DE DIREITO DA UNIPLAC, em Lages; e em 06.10.2009, no SEMINÁRIO DE ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA DA ACADEMIA DA POLÍCIA CIVIL DE SANTA CATARINA, em Florianópolis. Disponível em: <tjsc25.tjsc.jus.br/.../Novo_estupro_e_acao_penal_na_Lei_12.015-09_-_a>. Acesso em: 12 jun. 2013.

RIZZINI, I.; RIZINNI, I. **A institucionalização de crianças no Brasil**: Percurso histórico e desafios do presente. Rio de Janeiro: PUC, 2004.

ROMIDOFF, Mário Luiz. Direito da Criança e do Adolescente: Fundamentos para uma abordagem principiológica. **Tese** (doutorado em direito). Curso de pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. Garantias processuais e medidas socioeducativas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHEINVAR, Estela. Idade e Proteção: fundamentos legais para a criminalização da criança, do adolescente e da família (pobres). In: NASCIMENTO, Maria Livia do. **PIVETES**. A produção de infâncias desiguais. Rio de Janeiro/Niterói: Oficina do Autor/Intertexto, 2002, p. 83 – 109.

SÊDA, Edson. **Infância e sociedade**: terceira via. São Paulo: ADÊS, 1998.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Eстера Muskat. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. 3. ed. rev. e atual. Florianópolis: UFSC, 2001.

SILVA, Roberto da. **Direito do menor X direito da criança**. Artigo. Santa Catarina: AMP/Unicef, 2001. Disponível em: <<http://www.direitoejustica.com>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

SOARES, Janine Borges. **A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil**: uma análise histórica. 2010. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva**: o fim do preconceito. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

Veredicto polêmico: STJ suspende decisão sobre estupro de adolescentes de 12 anos. **Jornal Zero Hora versão digital**, Porto Alegre, 09 ago. 2012. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2012/08/stj-suspende-decisao-sobre-estupro-de-adolescentes-de-12-anos-3848798.html>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

TELES, Ney Moura. Estupro de vulnerável. In: **Direito & Política**. 06 abr. 2010. Disponível em: <<http://neymourateles.blogspot.com.br/2010/04/estupro-de-vulneravel.html>>. Acesso em: 05 jun. 2013.