

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES  
CURSO DE DIREITO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE  
DA RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE  
DOS MENORES DE 14 ANOS NOS CRIMES SEXUAIS**

Géssica Delazeri

Lajeado, junho de 2015

Géssica Delazeri

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE  
DA RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE  
DOS MENORES DE 14 ANOS NOS CRIMES SEXUAIS**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Me. Márcio de Abreu Moreno

Lajeado, junho de 2015

## FOLHA DE APROVAÇÃO

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente quero agradecer às pessoas mais importantes da minha vida, meus pais Gelaine e Valsir, que me deram a oportunidade de ir em busca do bem mais precioso que podemos ter: a sabedoria. Por eles e com eles pude me tornar o que sou, portanto, lhes devo essa conquista.

Quero agradecer também o meu Orientador, Professor e Mestre Márcio de Abreu Moreno pela atenção durante todo o desenvolvimento deste trabalho, pela acessibilidade e apoio profissional neste momento tão esperado da graduação, sempre dando bons conselhos e fazendo-me acreditar no meu próprio potencial.

Ao meu irmão Michel, aos amigos e amigas que sempre estão ao meu lado tornando a minha vida ainda mais prazerosa. Um especial agradecimento ao meu namorado Matheus que sempre apoiou minhas escolhas e respeitou meus momentos de ausência em nome dos afazeres acadêmicos, trazendo-me o equilíbrio emocional que precisava. É imensamente gratificante estar cercada de pessoas tão especiais como vocês.

Um reconhecimento especial ao meu supervisor de estágio Promotor de Justiça Dr. João Francisco Ckless Filho que colaborou com a formulação deste trabalho, trazendo-me informações e sempre disposto a compartilhar de seu conhecimento. Ainda, e não menos importante, minha imensa gratidão pela colega e Assessora Jurídica Elizângela Machado que foi a responsável pela escolha deste tema.

Aos meus colegas de curso que tenho um imenso carinho, ficarão marcados por terem participado desta etapa da minha formação.

O meu muito obrigado a todas as pessoas que colaboraram e de alguma forma fizeram este trabalho acontecer e valer a pena todo o esforço.

## RESUMO

A vulnerabilidade do adolescente menor de 14 anos nos crimes sexuais encontra pontos controvertidos no que tange ao seu caráter absoluto ou relativo, frente às evoluções sociais que afetam o desenvolvimento dos adolescentes nessa fase de transição da vida infantil para a vida adulta. A presente monografia objetiva analisar o crime de estupro de vulnerável, em face da possibilidade de relativização do conceito de vulnerabilidade trazida no caput do artigo 217-A, do Código Penal. No primeiro capítulo efetua-se um estudo teórico sobre o Estado Constitucional e a tutela penal como última *ratio* do estado de direito, com a apresentação do princípio da dignidade da pessoa humana como balizador da aplicação do *jus puniendi* do Estado Democrático de Direito, com alguns princípios constitucionais dele decorrentes. No segundo capítulo discorre-se sobre a dignidade sexual do vulnerável, trazendo um breve histórico sobre a proteção sexual de crianças e adolescentes no Direito Penal Brasileiro, além de seu desenvolvimento sexual, seguindo com apontamento sobre a (im)possibilidade de consentimento do menor de 14 anos para atos sexuais e sua relevância jurídica. A pesquisa tem como foco principal demonstrar a constitucionalidade da relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos, pelo que ao final, realizou-se uma abordagem sobre as correntes da vulnerabilidade absoluta e relativa, para então lançar uma nova proposta para aplicação do art. 217-A, no que tange à vulnerabilidade do menor de 14 anos. Em todo o trabalho, são utilizados os métodos dedutivos e teóricos, baseados em estudo bibliográfico e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Princípios constitucionais. Dignidade da pessoa humana. Dignidade sexual. Estupro. Vulnerabilidade. Consentimento da vítima.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
ECA	Estatuto da Criança e Adolescente
Inc.	Inciso
ONU	Organização das Nações Unidas

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 ESTADO CONSTITUCIONAL E DIREITO PENAL: A TUTELA PENAL COMO ÚLTIMA “RATIO” DO ESTADO DE DIREITO .....</b>	<b>13</b>
2.1 A Dignidade da pessoa humana como balizador do princípio da legalidade na aplicação do <i>jus puniendi</i> do Estado Democrático de Direito .....	14
2.2 Dos valores constitucionais penais decorrentes do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana .....	19
2.2.1 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos .....	21
2.2.2 Princípio da intervenção mínima .....	24
2.2.3 Princípio da culpabilidade .....	26
2.2.4 Princípio da adequação social .....	27
2.3 Dignidade sexual como bem constitucionalmente relevante.....	28
2.4 Dos costumes à dignidade sexual: a reconstrução conceitual do indivíduo como titular de direito.....	32
<b>3 A DIGNIDADE SEXUAL DO VULNERÁVEL: O IMPACTO DA SEXUALIDADE NOS MENORES DE 14 ANOS .....</b>	<b>37</b>
3.1 Breve histórico sobre a proteção sexual de crianças e adolescentes no Direito Penal brasileiro .....	37
3.2 O desenvolvimento da sexualidade infanto-juvenil moderna .....	41
3.3 A (im)possibilidade de consentimento do menor de 14 anos para atos sexuais e sua relevância jurídica.....	45
<b>4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS .....</b>	<b>53</b>
4.1 Estrutura típica normativa do estupro de vulnerável.....	54
4.1.1 Objeto jurídico .....	54
4.1.2 Ação nuclear e sujeitos do delito.....	56
4.1.3 Elemento objetivo e subjetivo .....	57
4.1.4 Consumação e tentativa .....	58
4.1.5 Formas qualificadas.....	58
4.1.6 Pena e ação penal .....	59

4.2 O consentimento válido do menor de 14 anos como causa de exclusão da tipicidade.....	60
4.3 Vulnerabilidade absoluta e relativa .....	63
4.4 Uma nova proposta para aplicação do art. 217-A, no que tange à vulnerabilidade do menor de 14 anos .....	67
5 CONCLUSÃO .....	71
REFERÊNCIAS.....	75

## 1 INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade em constantes mutações e evoluções. Tal fato exige que o ordenamento jurídico esteja sempre buscando adequar-se ao período histórico-cultural em que está inserido, fazendo com que o Direito esteja sempre em considerável atraso, visto que primeiramente as coisas acontecem no mundo dos fatos, para posteriormente o legislador acompanhar e moldar os ditames legais com a edição de novas leis para regular, punir ou descriminalizar condutas.

Da mesma forma acontece com as mudanças sofridas na sociedade que refletem nos direitos relativos à dignidade sexual. Não é difícil perceber as transformações que ocorrem de geração a geração; basta recordar os relatos das gerações passadas, como as de nossos pais e avós, para perceber a diferença com que era tratada a sexualidade em tempos antigos.

Assim, as alterações da lei ocorrem objetivando adequar à sociedade contemporânea ao ordenamento jurídico, destacadamente, no que tange à lesividade dos bens penalmente relevantes.

Com advento da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, os delitos contra a dignidade humana, quando vinculados ao comportamento sexual, ganharam um destaque especial. A referida lei alterou substancialmente, o Título VI do Código Penal (CP), intitulando-o “dos crimes contra a dignidade sexual”, e introduzindo novos tipos penais, como o artigo 217-A, que trouxe o estupro de vulnerável como delito autônomo, de modo que não há mais falar na violência presumida do art. 224 do CP (revogado) e, portanto, na incidência da causa de aumento de pena do art. 9º

da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Além disso, a Lei nº 12.015/09 promoveu a unificação de tipos antigos, como a conjunção carnal (art. 213, CP) com o revogado delito de atentado violento ao pudor (art. 214, CP), entre outras modificações.

O legislador brasileiro, ao redigir o artigo 217-A, do Código Penal, não teve a intenção de proteger apenas as crianças, mas sim o que denominou de vulnerável, compreendendo todas as pessoas com idade inferior a 14 anos. Tal conceito não se confunde com o de criança ou adolescente previsto na legislação específica - ECA - que definiu em seu art. 2º o marco divisório entre infância e adolescência, considerando criança a pessoa com até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. Ocorre que o sobredito dispositivo é claro ao referir que a definição está limitada para os efeitos do ECA, não abrangendo a definição de vulnerável prevista no Código Penal.

A doutrina pátria entende que a vulnerabilidade prevista pela legislação penal se refere à falta de capacidade para compreender a gravidade da relação sexual, abrangendo os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual.

Alguns princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, compreendem a influência da liberdade individual no campo sexual. Além disso, é imperioso examinar até que ponto os comportamentos (presumidamente) agressivos podem, efetivamente, colocar em risco o precioso bem jurídico, que é a dignidade sexual.

No entanto, apesar do exposto no artigo 217-A, especificando o marco etário de 14 anos para classificar o estupro de vulnerável, a jurisprudência pátria, assim como a doutrina nacional, está admitindo a relativização do conceito de vulnerável, sendo o tema alvo de inúmeras interpretações divergentes, em especial com relação à capacidade da vítima, entre 12 e 14 anos, de ter o necessário discernimento para consentir com a prática do ato sexual, pelo que justifica-se relevante discutir no presente trabalho a (in)constitucionalidade da relativização do conceito de

vulnerabilidade dos menores de 14 anos nos crimes sexuais, destacadamente na faixa etária compreendida entre os 12 e 14 anos incompletos.

Para tanto, na pesquisa bibliográfica, utilizar-se-ão doutrinadores clássicos com o objetivo conceitual e comparativo, devido ao fato de haver manifesta discussão acerca do assunto. Com reforço, serão utilizadas decisões jurisprudenciais, artigos jurídicos e textos publicados em sites pertinentes à área do direito. Por conta disso, a abordagem será qualitativa, pois o que se procura atingir é a identificação da natureza e do alcance do tema a ser investigado, pelo que se buscarão as interpretações possíveis para o fenômeno jurídico em análise.

Dessa forma, no primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo serão abordadas noções sobre a tutela penal como última *ratio* do Estado de Direito, com enfoque no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como balizador do princípio da legalidade na aplicação do *jus puniendi* do Estado Democrático de Direito, seguindo na abordagem dos valores constitucionais penais decorrentes do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, além de descrever a reconstrução conceitual do indivíduo como titular de direito no âmbito dos crimes sexuais.

Em um segundo momento, será descrito o impacto da sexualidade nos menores de 14 anos, com a abordagem de um breve histórico sobre a proteção sexual de crianças e adolescentes no Direito Penal brasileiro, além do desenvolvimento da sexualidade e a possível capacidade de consentimento dos adolescentes para os atos sexuais e sua relevância jurídica.

Adiante, no terceiro e último capítulo de desenvolvimento (Capítulo 4), far-se-á um exame do tipo penal denominado de estupro de vulnerável, além de abordar a possibilidade de consentimento válido dos adolescentes entre 12 e 14 anos incompletos, como causa de exclusão da tipicidade. Ainda, será apresentada as posições doutrinárias e jurisprudenciais quanto as correntes de vulnerabilidade absoluta e relativa do menor de 14 anos nos crimes sexuais, e suas consequências no âmbito da Constituição Federal de 1988, com base nos princípios constitucionais penais.

O estupro de vulnerável – especificamente os praticados contra menores de 14 anos – não é um delito recente na legislação brasileira; contudo, o advento da Lei nº 12.015/2009 trouxe, em um primeiro momento, uma visão radicalista para a tipificação desse crime. Dessa forma, o assunto levanta grandes polêmicas na doutrina e jurisprudência brasileira, o que será explorado detalhadamente na presente pesquisa.

Destarte, o estudo a respeito do delito de estupro de vulnerável é importante ser desenvolvido na presente monografia, principalmente pela divergência de entendimentos que traz o instituto, bem como pela repercussão que pode causar nos casos em que o ato se deu sem violência ou grave ameaça, com total consentimento da vítima. O tema merece atenção tanto em aspectos acadêmicos, quanto profissionais, diante da relevância teórica e prática que alcança.

## **2 ESTADO CONSTITUCIONAL E DIREITO PENAL: A TUTELA PENAL COMO ÚLTIMA “*RATIO*” DO ESTADO DE DIREITO**

O Direito Penal é delimitado por uma clara exigência: o princípio da lesividade do delito. Sendo assim, um fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo, lesivo, ou simplesmente perigoso a um determinado bem jurídico tutelado. Dessa forma, o legislador não poderá configurar tipos penais que sejam socialmente aceitos como fatos indiferentes, sem a menor relevância jurídica.

A intervenção do Estado mediante aplicação de pena tem o escopo de punir e ressocializar o indivíduo infrator. Para isso, é necessário o cometimento de um delito penalmente relevante e socialmente reprovável, de forma que as condutas que geram reprovação social são sancionadas de diversas formas, sendo a mais grave a privação da liberdade.

No entanto, o Estado somente deverá intervir em casos excepcionais, criminalizando apenas as condutas humanas mais reprováveis. A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) não permite, face ao princípio da dignidade da pessoa humana, que se punam por intermédio do Direito Penal, condutas que não causam reprovação social, já que razoável e suficiente à penalização apenas na ordem financeira, cabendo a outros ramos do direito sancionar tais condutas menos lesivas.

## 2.1 A Dignidade da pessoa humana como balizador do princípio da legalidade na aplicação do *jus puniendi* do Estado Democrático de Direito

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que tem o escopo de materializar o respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, sendo que apenas de forma excepcional pode ser limitado o exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2006).

Da mesma forma, entende Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 110) que expõe o conceito de pessoa como “categoria espiritual, dotada de valor em si mesma, um ser de fins absolutos, possuidor de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade.”

A dignidade da pessoa humana foi conceituada por Sarlet (apud CAPEZ, 2014, p. 21) nos seguintes termos:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Para Nucci (2010) o referido princípio implica no sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, constituindo presença marcante na formação de sua personalidade.

Moraes (2006, p. 129) segue informando que esse princípio fundamental exige que o indivíduo respeite a dignidade de seu semelhante da mesma forma que a Constituição exige que lhe respeite a sua. Essa noção “resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém), e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido)”.

Sarlet (2015, p. 29) aduz que a dignidade da pessoa humana se tornou uma “qualidade intrínseca e indissociável de todo ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição de outro”. Nessa linha, Bleckmann (apud SARLET,

2015) reconheceu que é o Estado que vive em função da pessoa humana e não a pessoa que vive em função do Estado, já que aquela é a finalidade estatal. Sendo assim, o Estado apresenta-se como garantidor da dignidade das pessoas tanto no âmbito individual como no coletivo.

Assim, vale ressaltar que a dignidade da pessoa humana é inerente ao homem enquanto ser humano:

Como viga mestra, fundamental e peculiar ao Estado democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção jurídica. Trata-se de um princípio de justiça substancial, de validade *a priori*, positivado jurídico-constitucionalmente (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 110).

Nucci (2010) aborda o tema com o viés do *mínimo existencial* ao indivíduo, no sentido de atender suas necessidades básicas para a sobrevivência, a exemplo da moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social.

Dessa forma, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio regente do nosso ordenamento jurídico, do qual reproduz-se todos os demais princípios constitucionais, sendo aplicável a todo cidadão sem qualquer distinção de gênero, idade, etnia ou religião.

No que concerne ao direito positivo, a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 1º enumera cinco fundamentos que constitui o Estado Democrático de Direito:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

**III - a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (grifo nosso).

Sarlet (2015) faz uma abordagem à dignidade da pessoa humana como norma, valor, princípio e regra fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira. Para o autor, o legislador constituinte de 1988 teve a intensão de instituir os princípios

fundamentais como alicerces de toda a ordem constitucional. Para isso, a Lei Fundamental trouxe não só na parte inaugural do texto, como também em diversos outros capítulos, como os referentes à ordem econômica, à ordem social, à ordem familiar, assegurando à criança e ao adolescente o direito à dignidade humana, bem como aos idosos.

O acima citado doutrinador contextualiza a normatização do princípio em comento, referindo que “somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração da ONU de 1948” (SARLET, 2015, p. 74), ou seja, somente ao longo do século XX, salvo raras exceções, é que este princípio começou a dispor de maiores proporções.

Diante do referido dispositivo da Carta Magna brasileira, torna-se oportuno frisar que “o texto não se confunde com a norma (ou normas) nele contida, nem com as respectivas posições jurídicas (direitos), já que cada direito fundamental pressupõe – na esteira do que leciona Alexy – necessariamente uma norma jusfundamental que o reconheça” (SARLET, 2015, p. 80-81).

Ou seja, o autor refere que o disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, contém mais do que uma norma, mas também aborda a dignidade da pessoa humana como princípio e regra (valor) fundamental, visto que tal norma define direitos, garantias do cidadão, bem como deveres fundamentais do próprio Estado Democrático de Direito.

Alexy (apud SARLET, 2015) anotou que trata de um princípio absoluto, coexistindo duas espécies de normas de dignidade da pessoa – princípio e regra – havendo uma série de fatores que revela o princípio da dignidade da pessoa humana com uma precedência em face dos demais princípios.

De acordo com o exposto, veja-se o papel exercido pelo princípio da dignidade da pessoa humana no nosso ordenamento jurídico-constitucional:

A condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude eficaz e, portanto, da plena vinculatividade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa, seja na perspectiva objetiva, seja como fundamento de posições subjetivas. Neste sentido, não haveria como deixar de colacionar a luminosa (embora não de todo incontroversa) exortação de Paulo Bonavides, que, referindo-se justamente

ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirmou que 'sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados'" (SARLET, 2015, p. 87-88).

Não bastasse, a Carta Magna prevê em seu artigo 5º como direitos invioláveis dos brasileiros os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, tudo em afeição ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III).

Conforme Lenza (2014), o princípio democrático marcou o texto constitucional de 1988 na medida em que o parágrafo único do art. 1º dispõe que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, ou seja, uma democracia representativa.

O mesmo doutrinador expõe que o princípio da legalidade é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, o qual subordina-se à Constituição Federal, devendo ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito a qual é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. É um ato de decisão política por excelência, é por meio dela enquanto emanada da atuação da vontade popular que o poder estatal aponta de antemão como os membros da sociedade devem guiar-se na realização dos interesses.

No entanto, para Moraes (2006), a proteção aos direitos e liberdades fundamentais, tratam de garantia constitucional de eficácia limitada, já que dependem de integração legislativa ordinária para sua execução. Dessa forma, é a proteção judicial que torna efetiva a garantia e os direitos fundamentais assegurados pela Constituição, devendo o legislador fornecer ao Poder Judiciário os instrumentos necessários ao combate à discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais decorrentes da Constituição, casos em que serão apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, Prado, Carvalho e Carvalho (2014) também abordam o assunto na medida em que refere que a Constituição é o marco de todo ordenamento jurídico, tendo particular e definitiva influência na seara penal, tendo em vista que cabe ao Direito Penal a proteção de bens e valores essenciais para a sociedade, insculpidos

na Lei Fundamental, em determinada época e espaço territorial, as quais impõem limitações ao *jus puniendi* estatal.

Nesse sentido, o referido doutrinador aponta ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (princípio da lesividade ou da ofensividade), segundo o qual não há delito sem lesão ou sem perigo de lesão a um bem jurídico determinado, limitando assim a atividade do legislador ordinário.

Recorrentemente a jurisprudência brasileira vem utilizando-se da função hermenêutica dos princípios fundamentais, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, para fundamentar da forma que parecer mais justa ao julgador, em determinado período histórico:

Cada vez mais, se encontram decisões dos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para resolução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana, muito embora o incremento em termos quantitativos nem sempre corresponda a uma fundamentação consistente da decisão. Com efeito, não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente da dignidade adotada e os motivos segundo os quais uma conduta determinada (seja qual for sua procedência ou natureza) é considerada ofensiva à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza das intenções do julgador, acaba, em muitos casos, contribuindo mais para uma desvalorização e fragilização jurídico-normativa do princípio do que para a sua desejável eficácia e efetividade (SARLET, 2015, p. 103-104).

Em que pese não seja tema do presente trabalho, faz-se importante apresentar um exemplo dessa forma de interpretação baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, com o escopo de elucidar a ideia trazida pelo autor. A título de exemplo, Sarlet (2015) traz a decisão proferida no Recurso Especial nº 1120676, datada de 15 de dezembro de 2010, relatada pelo Ministro Massami Uyeda, que trata da extensão do dispositivo legal (Lei artigo 3º, da Lei nº 6.194/74) referente a indenizações pelo fato morte, devendo abranger o nascituro por tratar-se de ser humano plenamente formado. No entanto, a matéria apresenta controvérsias, inclusive no que se refere à dignidade nessa fase do desenvolvimento humano, invocando a interpretação da dignidade da pessoa humana como parâmetro hermenêutico.

Outro exemplo trazido pelo autor diz respeito à decisão (situada na ADPF 54) que “interpretou de modo extensivo às hipóteses em que a lei penal afasta a ilicitude

da prática do aborto, de modo a incluir a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal” (SARLET, 2015, p. 107-108), o que vem a demonstrar a utilização da dignidade como parâmetro de interpretação, dotada de normatividade.

Dessa forma, por todo o exposto, verifica-se que os princípios e normas previstos constitucionalmente transformam-se em regras de conduta, podendo suprir lacunas e omissões da lei, adaptadas a cada caso concreto pelo prisma constitucional, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## **2.2 Dos valores constitucionais penais decorrentes do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana**

O Direito Penal brasileiro prevê ao Estado o *jus puniendi*, de modo a que atribui a este o dever de punir aquele que infringir fatos juridicamente relevantes e socialmente reprováveis.

A consequente pena pela prática de determinado delito, atua diretamente na esfera da liberdade individual do cidadão, revelando a intervenção mais grave do Estado. No entanto, só é lícito ao Estado intervir quando outros meios menos gravosos não forem capazes de proteger os bens indispensáveis à convivência social.

Considerando todo o ordenamento jurídico como um único corpo legislativo, o qual objetiva nortear as condutas humanas no prisma constitucional, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos principais (se não o principal) fundamentos declarados pela República Federativa do Brasil, bem exposto em seu artigo 1º, inciso III. Assim, qualquer construção que contrariar a dignidade da pessoa humana será reputada como inconstitucional.

Para Silva (2007), a palavra princípio quando alocada na expressão “princípios fundamentais” referida na Constituição Federal, exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema, o que emite exatamente a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como origem dos direitos humanos consagrados em nossa Lei Maior, figurando como pilar principal do ordenamento jurídico do País, de forma que o Estado se encontra restrito a tal princípio.

Pode-se dizer que a tal princípio reflete em todos os ramos do direito, em especial no direito penal. Isso porque o direito penal descreve condutas que são definidas como crime, para as quais são prescritas penalizações a quem as incorrer. Diante disso, torna-se necessário limitar o Estado em seu *jus puniendi*, principalmente por ser recorrente esse ramo do direito tratar de situações que causam comoção social (BEGALLI, 2010, texto digital).

Conclui, Begalli (2010, texto digital) que para garantia de uma nação “justa” é que a Carta Magna enumera os direitos fundamentais do ser humanos como cláusulas pétreas, a fim de evitar que o Estado se valha do direito de punir para produzir leis que atentam contra a dignidade da pessoa humana, como uma forma de conseguir não justiça, mas sim vingança.

Na lição de Pérez Luño (apud SARLET, 2015, p. 89), “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.

O princípio ora elencado, conforme já mencionado, está previsto direta e indiretamente em diversos dispositivos legais da Constituição da República e implícito nos demais ramos do ordenamento jurídico, contudo, frisa-se que a dignidade a que se refere o princípio tem aplicação imediata, desde a vigência da Constituição.

Nesse sentido, Lopes (2000) refere não ser possível afirmar que o miserável, aquele abandonado pelo Estado, que habita sob viadutos, alimenta-se de restos, veste-se de trapos, tenha considerada sua dignidade no aspecto formal. Diante disso, o doutrinador aduz que a dignidade humana não pode ser tratada apenas como cláusula abstrata.

Tal raciocínio se molda à luz do princípio da dignidade da pessoa humana como essência que origina todos os demais princípios do Estado Democrático de Direito.

### 2.2.1 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

Diante do tema, “bens jurídicos”, Lopes (2000, p. 156) levanta uma indagação: “corresponderiam os bens jurídico-penais em todos os casos a direitos humanos fundamentais?” Para este doutrinador, a resposta é sim. Essa afirmação se dá, na medida em que entende serem os valores jurídicos mais relevantes do Direito Penal, ou seja, os tutelados pelo ordenamento, devem corresponder a ofensas significativas a bens jurídicos de maior hierarquia dentro do sistema legal. Assim, o autor apresenta a ideia de que todo bem jurídico-penal deve corresponder a um direito fundamental do homem (ou da coletividade).

Em um segundo momento, o referido jurista propõe a inversão desta indagação: “corresponderão todos os direitos fundamentais a bens jurídico-penais?” (LOPES, 2000, p. 157). Com essa disposição, entretanto, a resposta lhe parece diversa, por duas razões.

Anota, primeiramente, pelo fato da finalidade protetiva ser diversa da primeira indagação. Lembra o autor que a atuação do Direito Penal, com base na sanção criminal, recai sobre um direito fundamental, qual seja, a liberdade. Por tal razão, “nem para todas as ofensas a direitos fundamentais deveria recorrer o Direito Penal a sua intervenção criminalizadora, sob pena de desfalcar o princípio da proporcionalidade da intervenção” (LOPES, 2000, p. 157). Ainda, como forma de justificar sua posição, o autor apresenta uma segunda posição para a resposta negativa apontada para o questionamento, referindo à existência de direitos que, embora fundamentais, podem – e devem – ser protegidos por sanções jurídicas extrapenais. A exemplo disso aponta o direito à intimidade ou à vida privada, que embora sejam direitos fundamentais, podem ser limitados em determinadas circunstâncias, visto que nenhum direito, mesmo os fundamentais, é tido como absoluto.

O chamado princípio da lesividade do delito requer a ofensividade ao bem jurídico tutelado, na medida em que:

Em nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatos *indiferentes* e preexistentes à norma. [...] Em nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o

dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma (PALAZZO, 1989, p. 79-80).

Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 113) expõe a mesma percepção, ou seja, o aspecto da ofensa ou lesão, na medida em que entende não haver delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado, visto como essencial ao indivíduo e à comunidade. Ademais, frisa que “o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos opera nas fases *legislativa* (ou de criação do tipo injusto) e *judicial* (ou de aplicação da lei penal)”.

Sob esse norte, o doutrinador acima referido aponta que essa noção de ofensa ou perigo de ofensa é suscetível de graduação, uma vez que um delito pode ser grave, médio ou leve, cabendo à punição correspondente ao grau da lesão ao bem jurídico tutelado, não tratando-se de um conceito absoluto.

De qualquer sorte, Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 114) expõe:

[...] a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da necessidade), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana.

O jurista Lopes (2000, p. 30), brilhantemente aborda o tema:

O Estado Social e Democrático de Direito, como acentua Mir Puig, deve assegurar a proteção efetiva de todos os membros da sociedade, pelo que tende à prevenção dos delitos, entendidos estes como aqueles comportamentos que os cidadãos estimem lesivos para seus bens jurídicos, mas não num sentido ético-individual, mas com possibilidades de participação nos sistemas sociais fundamentais, e na medida que se consideram graves tais fatos. Um tal direito deve, pois, orientar a função preventiva da pena como apoio nos *princípios de exclusiva proteção de bens jurídico, de proporcionalidade e de culpabilidade*.

Quanto a este aspecto, compete destacar a importância da combinação desses três princípios acima citados por Lopes, de forma que a aplicação da punição através do *jus puniendi* estatal depende não só das normas positivadas, como principalmente da combinação destas com os princípios constitucionais-penais, destacadamente o da exclusiva proteção de bens jurídicos, da proporcionalidade e da culpabilidade, tudo em alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O mesmo jurista aborda a questão da Constituição como obra aberta, no sentido de uma Constituição capaz de recolher na base social um conjunto de

elementos históricos, culturais, sociais, éticos próprios ligados a um determinado período histórico-cultural, ou seja, capaz de ser interpretada e reconstruída. Dessa forma, apenas uma Constituição nesses moldes recepciona as premissas do regime democrático, bem como garante a interpretação e aplicação do Direito Penal com o máximo de garantias de liberdades, quando da criminalização baseada na valoração constitucional devido a um processo de seleção de bens jurídicos.

Ainda, no que tange aos bens jurídicos, Lopes (2000, p. 44-45) destaca:

Indicamos que os bens jurídicos a criminalizar provêm de orientação ou valoração constitucional. No primeiro vértice encontramos a eleição constitucional primária ou derivada do Poder Constituinte de bens ou condutas concretamente consideradas e com indicação ao legislador regulamentar para a tipificação. No outro extremo, encontram-se valores da Constituição que legitimam a atividade criminalizadora nos estritos termos dos outros princípios gerais do Direito Penal moldados pela Constituição.

Esse segundo fator da criminalização é que ganha espaço na medida em que estabelece limites no processo de tipificação, já que da Constituição propriamente dita, emergem valores que formulam o conceito de bem jurídico.

Neste sentido, observa-se como fundamental e necessário uma linha de raciocínio para que o Direito Penal não seja exercido de forma descompassada, afastando a segurança jurídica. Nesse contexto é que a jurisprudência ganha importância, senão vejamos:

Também à jurisprudência, mais do que a singular verificação do *due process of law*, impõe-se o controle da devida produção da lei penal a partir da Constituição – seja por meio de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade – mas principalmente por meio de *avaliação dos princípios de justiça e da liberdade*, os mais importantes numa hierarquia ético-constitucional para integração e interpretação das normas consideradas em seu conjunto ou sistema axiológico global, do qual se retira uma aplicação coerente do Direito Penal que deve observância a uma lógica de valores superiores aos dele próprio. Também a exegese integradora dos sentidos de legalidade e finalidade da lei penal, adequada aos sistemas de justiça material (culpabilidade e proporcionalidade), é dever de uma jurisprudência responsável e constitucionalmente adequada (LOPES, 2000, p. 49-50).

Nessa ótica, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos deve estar continuamente ligado a todos os ramos do Direito – em especial ao Direito Penal –, princípio este que é, notadamente, decorrente do princípio essencial do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Assim, diante de uma infração penal, a qual requer a violação de bem jurídico tutelado, cabe ao Estado buscar restabelecer e acautelar a ordem pública e a paz social, valendo-se de seu *jus puniendi* como um poder-dever de punir aquele que praticou fato penalmente relevante, isto é, típico, antijurídico e culpável.

### **2.2.2 Princípio da intervenção mínima**

No âmbito da dignidade da pessoa humana como limite e tarefa do Estado (incluindo-se todas as entidades privadas e os particulares), este tem dupla função, diga-se a de proteção e a de defesa, na medida em que todos os órgãos estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo respeitar os limites, de forma em que o Estado deve abster-se de ingerências na esfera individual que afrontam o referido princípio (dignidade da pessoa humana), bem como proteger a dignidade pessoal contra agressões injustas, seja qual for a procedência, ou, caso não consiga impedir, ao menos minimizar os efeitos das violações, assegurando a reparação do dano (SARLET, 2015).

Eis a visão Constitucional do princípio da intervenção mínima que vem robustecido pelo princípio republicano da dignidade da pessoa humana.

No que se refere ao Direito Penal, tem-se, inicialmente, como já vimos, que a tipicidade do delito exige a afetação a um bem juridicamente relevante. Portanto, havendo lesividade a bem juridicamente relevante, é legítima a punição. No entanto, é necessário avaliar a razoabilidade entre o dano causado ao bem tutelado, a consequência da conduta e a pena aplicada a título de sanção, de forma que o Direito Penal só deve intervir nos casos mais graves de ataque aos bens jurídicos mais importantes.

Conforme entende Lopes (2000, p. 318), “a pena criminal é uma solução imperfeita – não repara a situação jurídica ou fática anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos postos em confronto e impõe um novo sacrifício social –, assim, deve ser guardada como instrumento de última *“ratio”*.”

Para Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 115), o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade do direito penal, estabelece que o Estado só deve intervir mediante aplicação das normas penais quando da “defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidas de forma menos gravosa”.

Nesse sentido, o referido autor aduz que “a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessária para sobrevivência da comunidade – como última *ratio legis* –, ficando reduzida a um mínimo imprescindível” (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 115), pelo que conclui ser o referido princípio um limitador do direito de punir do Estado, tendo em vista a concepção do Estado Democrático de Direito, na medida em que o uso excessivo da sanção criminal não garante uma maior proteção de bens, mas sim, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa.

Embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas na nossa Lei Maior, tratando-se, portanto, de um postulado nela inequivocamente implícito. Isso porque a sanção penal como tutela de bens fundamentais do homem, somente se legitima se estritamente necessária (LUIZI, 1991). De igual forma, entende Nucci (2010) que havendo uma colisão de interesses, torna-se fundamental detectar se outros ramos do ordenamento jurídico – que não o direito penal - são capazes de solucioná-lo, sem maiores consequências.

A propósito:

O princípio da intervenção mínima está diretamente afeto aos critérios do processo legislativo de elaboração de leis penais, sendo sua utilização judicial mediata, cabível apenas como recurso para dar unidade sistêmica ao Direito Penal e indica que o sistema penal não se ocupa de todos os comportamentos ilícitos que surgem nas relações sociais, senão apenas aqueles mais intoleráveis e lesivos para os bens jurídicos e que só reconhece e sanciona estes fatos quando tenha falhado todos os demais meios de controle formais ou informais (LOPES, 2000, p. 322).

Com esse viés, observa-se que o princípio em questão compõe o sistema penal de forma que importe um maior rigor na eleição das condutas tipificáveis, para isso, observando a gravidade e o valor do bem jurídico de forma proporcional.

### 2.2.3 Princípio da culpabilidade

A propósito, cabe ressaltar que além da intervenção mínima e da exclusiva proteção de bens jurídicos, há de se falar no princípio da culpabilidade do agente como princípio norteador do ordenamento jurídico constitucional e penal.

Inicialmente, cabe ressaltar que o Código Penal prevê a definição de crime doloso e culposo, limitando do parágrafo único do artigo 18, do referido Estatuto Repressivo: “salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Avante, o artigo 19 reza: “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

Destes dispositivos, denota-se que não há pena sem culpabilidade, sendo que em caso de aplicação de pena, esta não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, devendo haver uma proporcionalidade. Tal princípio tem relação direta com o princípio da legalidade, reafirmando o caráter inviolável da dignidade do ser humano no Estado Democrático de Direito, conforme ensina Prado, Carvalho e Carvalho (2014).

Ainda, no que tange a proporcionalidade, o referido doutrinador aduz que “em havendo delito doloso ou culposo, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, que integra, na verdade, o tipo de injusto e não a culpabilidade” (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 112). Tudo isso, sob o prisma das circunstâncias individuais que são significativas para determinação da pena concreta.

Vale ressaltar que “a responsabilidade penal pelo fato significa a exigência de uma conduta humana – externa e concreta –, o que quer dizer tanto a não punição do simples pensamento quanto a não punição pela simples intenção, modo ou condição de vida” (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 113).

De acordo com Bettioli (apud GOMES, 2001, p. 60), a culpabilidade “é um juízo que supõe a presença de vários elementos, entre os quais o nexos psicológico entre o evento e o autor [...] ela é uma relação de contradição entre a vontade da norma e a vontade individual”.

Para Mezger (apud GOMES, 2001), é possível enumerar quatro requisitos da culpabilidade, quais sejam: a imputabilidade; o dolo e a culpa; a ausência de causas especiais de exclusão da culpabilidade; e a reprovabilidade.

#### **2.2.4 Princípio da adequação social**

A (i)relevância social é requisito para a formulação da legislação, na medida em que não faz sentido o legislador editar leis com o escopo de penalizar ato/fato socialmente aceito.

Nessa ordem entente Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 124):

O instituto da adequação social representa um princípio importante para a interpretação dos tipos, que só englobam as condutas socialmente inadequadas. Tanto a adequação social como o risco permitido se encontram situados no domínio da *liberdade de ação social* dos indivíduos em sociedade.

O mesmo autor aduz que se entende por ação adequada socialmente, todas aquelas atividades toleradas na vida comunitária em determinado período histórico, havendo um significado social, refletindo no contexto histórico-cultural da vida de um povo.

A título de exemplo, cita-se as mães que perfuram as orelhas das suas filhas, ou até mesmo a tatuagem, condutas formalmente típicas, ou seja, acham-se descritas na lei penal como lesão corporal, no entanto, não são consideradas crime propriamente dito, pois são práticas socialmente aceitas e não atentam contra a Constituição Federal. Em vista disso, entende-se que o princípio da adequação social vai além do próprio Direito Penal, uma vez que as condutas socialmente aceitas – desde que não afrontem a Constituição Federal –, seja pelos costumes, folclore ou cultura, passaram a ser excluídas da esfera penal. Nesse contexto, ainda que determinada conduta seja formalmente típica, estará no âmbito da atipicidade, uma vez que está amparada pela aceitação social, fora da seara do proibido (GOMES, 2012, texto digital).

Nessa linha, veja-se a existência de direitos não escritos, descobertos em determinado período histórico-cultural, que decorrem da evolução social:

As novas regras podem surgir no direito positivo como um produto de um longo trabalho de elaboração que faz nascer os costumes, frequentemente de maneira imperceptível, sem grandes notas distintivas, às vezes de maneira contrária às concepções admitidas, marcando uma brusca ruptura no processo de evolução social e anunciando usos novos. Se essas regras não são obra de um legislador, se é a nação ela mesma que lhe reconhece a autoridade diretamente e que, pela sua adesão, ao encontro ou na ausência do legislador estabelecido, integra-se ao direito positivo, será então necessário lhes reconhecer a qualidade de direito não escrito, não redutível, portanto, à qualidade de simples costume. Os juízes constitucionais servem, contudo, de intermédio nesse processo, ao interceptarem muitos desses direitos novos que emergem da consciência social e os introduzem na ordem constitucional, falando-se, então, de uma lista aberta de direitos fundamentais (CAPITANT apud SAMPAIO, 2002, p. 705).

Sarlet (2015, p. 103) aborda em sua obra a função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, “na medida em que o mesmo serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico”.

Tal afirmação dá mostras de que as lacunas deixadas pelo legislador serão satisfeitas com a interpretação baseada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e, ao depois, secundariamente, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna, notadamente, o princípio da adequação social.

Gomes (2012, texto digital) finaliza dizendo que pelo fato da sociedade não ser estática, vislumbra-se que tal princípio também não o é, o que torna possível que determinadas condutas que já foram entendidas com atípicas deixem de ser toleradas, a exemplo disso, as atividades envolvendo crueldade com animais. Da mesma forma, condutas antes apresentadas como típicas, podem vir a serem aceitas com toleráveis pela sociedade e, conseqüentemente, excluída tal tipicidade, desde que não afronte a Constituição Federal Brasileira.

### **2.3 Dignidade sexual como bem constitucionalmente relevante**

As constantes evoluções da sociedade fazem com que o Direito esteja sempre em considerável retardamento, gerando uma corrida contra o tempo, em que o legislador busca acompanhar e moldar os ditames legais a essas mutações sociais. Nesse sentido, são as mudanças sofridas nos delitos sexuais. As alterações ocorrem

objetivando adequar a sociedade contemporânea ao ordenamento jurídico, destacadamente, no que tange à lesividade dos bens penalmente relevantes.

A exemplo disso, está a inclusão do homem como sujeito passivo e/ou ativo do crime de estupro, o que alterou substancialmente uma tradição existente desde a publicação do Código Penal de 1940, onde até então somente a mulher poderia ser sujeito passivo deste delito, de forma em que somente o homem poderia ser o sujeito ativo, conforme redação anterior à Lei nº 12.015/2009: “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Assim, com o advento das alterações trazidas ao Código Penal, com o escopo de materializar uma adequação social quando da tipificação do delito, vislumbra-se a introdução da expressão “alguém”, agora, prevista em todos os crimes contra dignidade sexual, permitindo considerar tanto o homem quanto a mulher como sujeitos ativos e/ou passivos dos delitos contra dignidade sexual.

Vale lembrar outra alteração considerável no que tange à dignidade sexual trazida na legislação penal, no que se refere à expressão “mulher honesta” trazida anteriormente pelo Código Penal, em três dispositivos já revogados, conforme segue:

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009);

Art. 216. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009);

Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005).

Diante disso, vislumbra-se que no decorrer dos tempos a mulher sofreu muita discriminação enquanto vítima de crimes sexuais, tanto que legislações pretéritas lhe exigiam a qualidade de honesta para merecer enquadramento como vítima. Atualmente, com as alterações pertinentes, a lei protege do estupro qualquer pessoa, independente do sexo e sem qualquer referência à honestidade ou ao recato sexual da vítima.

Nesse contexto, diante da mutação social trazida no decorrer dos anos, que retrata um mundo contemporâneo com diferentes valores éticos, morais, sociais, houve a necessidade de se adequar a legislação penal brasileira ao princípio constitucional, que tutela a personalidade do ser humano, principalmente quanto aos

crimes concernentes à liberdade sexual que até então protegiam os costumes (antes da alteração da Lei nº 12.015/2009), ou seja, os hábitos sexuais das pessoas ditados por antigos padrões sociais.

O bem jurídico penalmente relevante é aquele merecedor de proteção estatal, dada a sua importância perante a sociedade. Segundo Nucci (2010), dignidade sexual diz respeito à autoestima do ser humano, em sua íntima e privada vida sexual, não cabendo qualquer ingerência estatal nesse contexto, a não ser para coibir atuações violentas contra adultos e agressivas à formação de crianças e jovens.

Além disso, este doutrinador refere que é importante considerar que a dignidade sexual é, acima de tudo, um direito constitucional, na medida em que o cidadão é livre para dispor de seu corpo e satisfazer suas lascívia, ou seja, a liberdade de opção e de atuação de cada um no domínio da sexualidade, de acordo com os seus desejos, quer no que diz respeito à forma, quer quanto ao destinatário, dentro dos limites toleráveis e o respeito da dignidade alheia, sem que haja necessidade da intervenção estatal. Nessa mesma linha:

A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade (NUCCI, 2010, p. 42).

Reforçando esse entendimento, é o posicionamento de Capez (2014, p. 22):

A tutela da dignidade sexual, no caso, está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra a sua personalidade. Portanto, é a sua liberdade sexual, sua integridade física, sua vida ou sua honra que estão sendo ofendidas, constituindo, novamente nas palavras de Ingo W. Sarlet, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

Nos crimes contra a dignidade sexual, o agente delituoso submete a vítima a praticar atos de conotação sexual, conforme prognosticado no Título VI, do Código Penal. Assim, quando a prática sexual resulta na violação do referido bem jurídico tutelado, cabe ao Estado interferir e utilizar-se de seu *jus puniendi*.

No entanto, o mesmo doutrinador ao abordar o conceito de bem jurídico penal, faz menção ao princípio da intervenção mínima de forma que:

Levando em consideração o princípio da intervenção mínima com seu corolário princípio da ofensividade, deve-se voltar a atenção do Direito Penal para bens jurídicos efetivamente importantes para a garantia da tranquilidade social. Havendo uma colisão de interesses, torna-se fundamental detectar se outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de solucioná-lo, sem maiores consequências (NUCCI, 2010, p. 39-40).

Contudo, o referido doutrinador refere que o alcance e importância dos bens jurídicos penais não podem ser inalteráveis, tendo em vista a constante evolução, sendo necessário impor a revisão dos conceitos de tempos em tempos. Sendo assim, “há bens jurídicos que, conforme a mudança dos costumes, passaram de um grau de proteção absoluta para uma tutela relativa” (NUCCI, 2010, p. 40).

Ainda, para o mesmo doutrinador, a dignidade sexual merece respeito e liberdade, o que não quer dizer que a satisfação sexual possa afrontar direito alheio ou interesse socialmente relevante em nome dessa liberdade. Por óbvio, a liberdade a que se refere, diz respeito ao âmbito da estrita legalidade. Sendo assim, refere como intolerável “a relação sexual invasora da intimidade ou vida privada alheia, sem consentimento, além do emprego de violência ou grave ameaça” (NUCCI, 2010, p. 42).

Nesse contexto, o direito penal e constitucional penal, no campo da dignidade sexual, abomina qualquer espécie de constrangimento ilegal, embora em determinados casos a violência pode ser aceitável, desde que realizada com consentimento e entre adultos, pelo que se depara com o princípio da lesividade, em que o Estado só irá intervir quando lesado bem juridicamente tutelado, nesse caso, a dignidade sexual (NUCCI, 2010).

Ademais, muito bem referido pelo mesmo pesquisador, ainda como relação ao bem jurídico penal no âmbito da sexualidade, aponta a formação moral das crianças e adolescentes, de modo que, seu amadurecimento sexual necessita da proteção Estatal, ao menos em determinadas faixas etárias.

Por fim, e como forma de sintetizar a tutela da dignidade sexual atualmente abordada pelo ordenamento jurídico brasileiro, expõe Capez (2014, p. 21):

A tutela da dignidade sexual, portanto, deflui do princípio da dignidade humana, que se irradia sobre todo o sistema jurídico e possui inúmeros significados e incidências. Isto porque o valor à vida humana, como pedra angular do ordenamento jurídico, deve nortear a atuação do intérprete e

aplicador do direito, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva possibilitar a concretização desse ideal no processo judicial.

## **2.4 Dos costumes à dignidade sexual: a reconstrução conceitual do indivíduo como titular de direito**

Vivemos em uma sociedade em constantes mutações, desta forma, é evidente que os entendimentos sobre o que é moralmente admissível no meio social, igualmente sofrem modificações de geração a geração. Para isso, basta analisar as inúmeras alterações no ordenamento jurídico, que faz com que o legislador esteja sempre buscando acompanhar a evolução da sociedade.

Nesse sentido, refere Soares (2010, p. 142-143):

Ocorre que, como a condição ontológica do ser humano é de ser mutável, dinâmico e submetido aos influxos histórico-sociais, o conceito de dignidade da pessoa humana não será propriamente lógico-jurídico, porquanto não se pode defini-la em termos universais e absolutos. A delimitação do significado ético-jurídico de que o ser humano é um fim em si mesmo deve ser buscada em cada contexto histórico-cultural, no plano real de afirmações dos valores que integram a experiência concreta e permanentemente inconclusa dos direitos humanos fundamentais.

Assim, diante do que foi exposto pelo autor, entende-se que a dignidade da pessoa humana, da mesma forma que a dignidade sexual, gira em torno dos valores constitutivos na estrutura complexa da pessoa humana, como ser situado numa ambiência histórico-cultural. Eis por que a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como uma construção cultural, com as possíveis variações no tempo e no espaço, o que será debatido na presente pesquisa.

Destarte, no que concerne ao Direito Penal, vale ressaltar que é regulado por um Código deveras antigo, publicado em 1940 e, com as novas realidades e conotações sociais adquiridas pela evolução da vida social globalizada, não resta dúvidas de que as alterações nesta lei infraconstitucional são de extrema necessidade para adequação social, de maneira a acompanhar as novas compreensões populares e mesmo os alinhamentos constitucionais que promulgam princípios que concretizam um Direito Penal mínimo, como já abordado anteriormente.

Fazendo uma breve consideração acerca do que seria razoável nos séculos passados até o século XX – período de publicação do atual Código Penal de 1940 –, com base em um conjunto de informações populares do que era razoável nas gerações passadas, não é novidade que um beijo entre duas pessoas do mesmo sexo, por exemplo, seria algo extremamente reprovável, podendo ser considerado um ato até mesmo obsceno, merecendo intervenção do Estado para coibir tais condutas. Dessa forma, percebe-se como o sexo e a sexualidade eram tratados como algo que o Estado deveria reger, especialmente com o escopo de proteger a sociedade do sexo violento.

Sendo assim, o sexo e sexualidade para o Código Penal de 1940 era encarado como um tabu, como algo que afrontava a sociedade, sendo necessária a intervenção do Estado enquanto garantidor da paz social, para limitar as condutas relativas a esta matéria.

Antes da publicação da Constituição de 1988 as mulheres eram vistas como pessoas que deveriam ser tuteladas, assim como os homens deveriam ser punidos caso desviassem das condutas vistas como razoáveis. Nesse sentido, Viveiros de Castro escreve:

É de justiça responsabilizar em primeiro lugar a própria mulher, dominada pela ideia errônea, subversiva, de sua emancipação, ela faz tudo que de si depende para perder o respeito, a estima e a consideração dos homens. A antiga educação da mulher recatada e tímida, delicada sensitiva evitando os contatos ásperos e rudes da vida, foi desprezada como coisa anacrônica e ridícula; e temos hoje a mulher moderna, vivendo nas ruas, sabendo tudo, discutindo audaciosamente as mais escabrosas questões, sem refreio religioso, ávida unicamente de suxo e sensações vaidosa e fútil, presa fácil e muita vez até espontaneamente oferecida à conquista do homem (apud NUCCI, 2010, p. 23).

Diante dessa transcrição, depreende-se que durante longo período, no Brasil, essa era a concepção predominante, ou seja, a mulher era considerada um mero objeto de desejo do homem, sem ocupar um lugar efetivo na sociedade.

No entanto, com a nova visão constitucional, surgiram direitos inerentes à personalidade humana, assim como no que concerne à dignidade sexual.

Ademais, Nucci (2010) menciona que à época da edição do Código Penal (1940) a disciplina sexual exigida pela sociedade tornou-se incompatíveis com a liberdade de ser, agir e pensar, diante da publicação da nova Constituição Federal de

1988. Dessa forma, o legislador brasileiro deve priorizar as condutas efetivamente graves, que possam acarretar consequências desastrosas para a sociedade no que tange à liberdade sexual, não perdendo tempo em discutir figuras penais inócuas, ligadas há tempos pretéritos, que já perderam a relevância no meio social.

Nesse cerne, em consequência às constantes mutações sociais, é que foi instituída a Lei nº 12.015/09, objetivando consideráveis mudanças, destacadamente, a denominação do Título VI do Código Penal, que antes era denominado “Dos crimes contra os costumes”, passando a ser nominado “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

A denominação “costumes” anteriormente utilizada na nomenclatura do Título VI, representava a visão obsoleta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente, sob o ângulo da generalidade das pessoas. Entretanto, a nova denominação do título quando remete à “dignidade”, traz a ideia de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra (NUCCI, 2010).

No que se refere ao termo “costumes” anteriormente utilizado naquele título, Hungria (apud CAPEZ, 2014, p. 18) explica:

O vocábulo ‘costumes’ é aí empregado para significar (sentido estrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, equivalente mesmo, a conduta sexual adaptada à convivência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. [...] o direito penal presta sua adesão à ética sexual, mas tão somente para, dentre os fatos reprovados por esta, incriminar aqueles que, por sua maior gravidade, afetam a disciplina, utilidade e conveniência sociais.

A anterior denominação “era reveladora da importância que o legislador de 1940 atribuía à tutela da moralidade sexual e do pudor público nos crimes sexuais em geral, ao lado, e, às vezes, acima da proteção de outros bens jurídicos relevantes” (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 383).

Bons costumes, nesse contexto, podem ser entendidos como a moralidade pública referente às relações sexuais, ou seja, o que um determinado povo entende como ética sexual em um dado momento histórico (COSTA apud CAPEZ, 2014).

Para contextualizar esse entendimento, o referido doutrinador cita:

“No século XVIII, sob influência de Voltaire e de outros pensadores, houve intenso movimento de descriminalização de vários delitos sexuais. Permaneceram como tais as ofensas mais graves aos costumes e à liberdade sexual. No código anterior, foi adotada a rubrica ‘dos costumes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor’. A expressão legal, conquanto explícita, era palavrosa, como observou Galdino Siqueira. As disposições de nosso Código vigente são, como dizia Fragoso, ‘extremamente repressivas e representativas de uma mentalidade conservadora, incompatível com os tempos modernos. Certos preconceitos desapareceram, a mulher assumiu novo posicionamento, os meios de comunicação em massa eliminaram das jovens de dezesseis anos aquela ‘inexperiência ou justificável confiança referida pela lei’ (COSTA apud CAPEZ, 2014, p. 19).

No entanto com a alteração trazida em 2009 ao Código Penal, o legislador passou a se preocupar com a proteção da dignidade sexual em si, e não mais com a forma com que as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade.

Na medida em que se fala de consciência ética de um povo, em determinado período histórico, ou seja, os bons costumes, vale ilustrar com o exemplo do crime de estupro, tipificado no artigo 213, do Código Penal, que hoje protege a liberdade sexual da vítima (Capítulo I – Dos crimes contra liberdade sexual), de forma que o legislador buscou proteger a dignidade sexual da pessoa, e não apenas os costumes, como anteriormente disposto no ordenamento.

Em tempos pretéritos, não havia o crime de estupro caso o marido submetesse a própria esposa, mesmo contra sua vontade, a manter com ele relação sexual pelo simples fato da relação sexual ser puramente uma decorrência natural do casamento, sendo a mulher obrigada a acatar com esses costumes sociais, de forma que o marido estaria agindo amparado pela causa de justificação relativa ao exercício regular de um direito.

A exemplo disso, colaciona-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datada de 15/10/1981:

**EMENTA: Estupro ficto. Casamento do réu com a ofendida**, após a sentença condenatória. **Extinção da punibilidade decretada**. Aplicação dos arts. 108, VIII, do CP. e 61, do CPP. Apelação provida, para tal efeito. (Apelação Crime Nº 25964, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Ricardo Vinhas, Julgado em 15/10/1981) (grifo nosso).

No entanto, com as alterações sociais, bem como com as alterações no que diz respeito ao razoável em meio à sociedade moderna, conseqüentemente a lei sofre adaptações, notadamente alicerçada pelo princípio da adequação social.

Sendo assim, atualmente o ordenamento jurídico rumou à uma composição de um Estado que passou a proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo a liberdade de escolha e opção – na medida em que a atividade sexual é, além de um prazer material, uma necessidade fisiológica –, de forma a reprimir qualquer forma de exploração.

### **3 A DIGNIDADE SEXUAL DO VULNERÁVEL: O IMPACTO DA SEXUALIDADE NOS MENORES DE 14 ANOS**

O impacto causado pela sexualidade nos menores de 14 anos é um estudo complexo, na medida em que a sexualidade é uma construção biológica e social, e reflete nas crenças culturais e religiosas.

É indiscutível o impacto que a sexualidade causa nessa fase regada como curiosidades, descobertas e iniciação sexual das crianças e adolescentes, bem como é inevitável que a sociedade exerça forte influência nesse interesse que aflora em tal período do desenvolvimento humano.

Dessa forma, este capítulo terá o objetivo de identificar o impacto da sexualidade e o desenvolvimento desta, além da capacidade de consentimento das vítimas de abuso sexual.

#### **3.1 Breve histórico sobre a proteção sexual de crianças e adolescentes no Direito Penal brasileiro**

O ordenamento jurídico brasileiro, em tempos pretéritos, contava com o chamado Direito do Menor, o qual orientava a política infanto-juvenil através do Código de Menores, diploma advindo de uma cultura que coisificava a infância (CARMO, 2012, texto digital).

O referido diploma legal – Código de Menores do Brasil – entrou em vigor a partir do ano de 1923, que, segundo assinala Leite (apud CARMO, 2012, texto digital), “tinha forte caráter assistencialista, protecionista e controlador, consistindo num verdadeiro mecanismo de intervenção sobre a população pobre.”

No entanto, o mesmo autor ainda refere que foi em 1979, no auge da Ditadura Militar, foi instituído o Novo Código de Menores (Lei Federal nº 6.697/79), que por sua vez criou a Doutrina da Situação Irregular.

Com essa inspiração que, diga-se de passagem, nada trouxe para aprimorar o sistema legal no que se refere aos direitos da criança e do adolescente, o ordenamento jurídico dividiu a população infanto-juvenil em duas categorias distintas, a em situação “regular” e a em “situação irregular”. A primeira era compreendida como aquela parcela de crianças e adolescentes pertencentes às camadas mais favorecidas da sociedade, de forma que as crianças e adolescentes em situação “irregular”, eram aquelas marginalizadas socialmente, desprovidas das condições básicas de saúde, educação e moradia. Vislumbra-se ainda, que as crianças e adolescentes vítimas de crimes, tais como maus-tratos, abandono, violência doméstica e, inclusive, violência sexual, também incorreria em “situação irregular” (CARMO, 2012, texto digital).

Assim, é possível verificar que de acordo com o conceito de “situação irregular” trazida pelo Código de Menores de 1979, tanto os jovens vítimas quanto os delinquentes eram submetidos ao “remédio” estatal, oferecido para ambos os casos a internação compulsória em reformatórios e internatos.

Observa-se que somente em 1988, com a publicação de uma nova Constituição Federal, as crianças e os adolescentes passaram a ser tratadas como sujeitos de direitos. Todavia, muitos anos se passaram desde a promulgação da CF/88, sem falar do Código Penal brasileiro (1940), o qual já conta com mais de 70 anos de existência, em uma sociedade em constantes mutações.

Carmo (2012, texto digital) em seu artigo intitulado de “A proteção penal (in)suficiente da criança e do adolescente no caso de crimes sexuais” aborda uma visão histórica da proteção infanto-juvenil, de forma que historicamente essa parcela da sociedade eram pessoas sem valor e sem direitos, e que o processo de proteção

é relativamente recente, tendo em vista que até bem pouco tempo atrás, crianças e adolescentes eram tão-somente, objetos de intervenção do “mundo adulto”.

No entanto, como já mencionado, com o advento da Constituição de 1988, progride a proteção à criança e ao adolescente, instituindo diversos direitos fundamentais, o qual foi posteriormente regulamentado pelo Estatuto da Criança e Adolescente, através da Lei nº 8.069/90, que por sua vez prevê como um de seus princípios basilares a proteção integral instituída à criança e ao adolescente, o que vem disposto já em seu artigo 1º: “Esta Lei disporá sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

O fato de as crianças e adolescentes serem sujeitos com características próprias devido ao processo de desenvolvimento natural em que se encontram, resultou em uma especial atenção da Constituição Federal de 1988, ao redigir o artigo 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessa forma, o referido diploma legal obrigou as políticas públicas voltadas para esta área a realizar uma ação conjunta com a família, com a sociedade e o Estado, objetivando dar uma especial atenção à essa fase de desenvolvimento, sendo um sujeito destinatário de proteções específicas, necessitando, portanto, de prioridade absoluta no que lhes diz respeito.

Ainda, o referido artigo em seu parágrafo 4º, faz uma ressalva essencial para o tema em questão: “§ 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Destarte, a proteção que o ordenamento jurídico brasileiro traz com relação às crianças e adolescentes, é atualmente uma tutela jurídica pautada pela ideologia referente à Doutrina da Proteção Integral, o que foi positivado pela Constituição Brasileira de 1988 e posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que diz respeito aos parâmetros ensejadores da exploração sexual contra crianças e adolescentes no país, Tiago Emboaba Dias (apud TOMÉ, 2015, texto digital) faz a seguinte crítica:

A despeito da norma constitucional, um dos obstáculos ao combate à exploração sexual infanto-juvenil e suas variadas dimensões é a falta de dispositivos legais específicos na legislação infraconstitucional, que vislumbrem todas as suas nuances. De um lado temos o Código Penal, datado de 1940; de outro, temos a Lei nº 8.069 de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Porém, nenhum deles é capaz de suprir com absoluta eficácia as complexidades inerentes a esta modalidade criminosa. No que se refere ao Código Penal, é possível constatar que o mesmo encontra-se defasado da realidade há mais de seis décadas. Muitas alterações foram feitas e muitas propostas estão sendo submetidas ao trâmite legal, porém, sua base filosófica continua a mesma de mais de sessenta anos atrás, o que enseja uma série de discussões para a sua atualização.

Considerando esse breve histórico, veja-se que atualmente o ordenamento jurídico brasileiro conta com uma evidente política de proteção à crianças e ao adolescentes, notadamente no que diz respeito à dignidade sexual destas, havendo um abismo diante da legislação que vigia anteriormente.

Ademais, no que tange à propositura da ação penal, cabe mencionara que a reforma criminal decorrente da Lei nº 12.015/2009, a qual, como já mencionado, alterou significativamente o Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro, trouxe também nova redação ao artigo 225, §§ 1º e 2º.

Tais dispositivos referem-se à propositura da ação penal, na medida em que anteriormente esta propositura dependia de queixa-crime oferecida pelo ofendido, ou, se incapaz, pelo representante legal.

Em vista à essa regra de caráter processual, denota-se que as proteções dos direitos fundamentais anteriormente ficavam claramente fragilizadas, diante do contexto em que está inserido os crimes sexuais, notadamente contra crianças e adolescentes, a qual configurava uma proteção insuficiente (CARMO, 2012, texto digital).

Dessa forma, para Carmo (2012, texto digital) é evidente que cabe ao Estado a persecução penal de crimes tão graves, não devendo deixar ao arbítrio dos representantes legais de vítima criança ou adolescente, visto que tal postura estatal tinha (antes da alteração do Estatuto Repressivo) grandes chances de deparar-se com

a impunidade dessas condutas, caso os responsáveis legais da vítima não quisessem apresentar queixa ou representação ao Ministério Público, nos casos de ação condicionada à representação.

Nesse sentido, faz-se necessário frisar que grande parte dos abusos sexuais com vítimas vulneráveis (menores de 14 anos), ocorrem no âmbito familiar, muitas vezes havendo inclusive a convivência dos próprios representantes legais da criança, o que torna impossível tal conduta criminosa chegar ao conhecimento das autoridades e conseqüente punição do agressor. Sendo assim, é mais seguro para a vítima que o agressor veja o Estado como seu acusador.

De acordo com Sanderson (2005), as vítimas de abuso sexual infantil são cercadas pela dúvida, incerteza, medo, culpa e vergonha, o que acaba inibindo a criança de ir em busca daqueles que poderiam protegê-la, fazendo com que a criança acabe por viver com o peso do “segredo”.

Conseqüentemente, a solidão e o isolamento que decorrente desse “segredo”, acaba por reforçar o temor, tornando a vítima mais dependente do abusador. A criança se vê obrigada a submeter-se aos abusos até ser grande o suficiente para se desvencilhar dessa situação.

No entanto, do que diz respeito à essa incompatibilidade referente à propositura da ação penal pelo representante legal, “atualmente esse quadro foi corrigido, pois, após a referida reforma criminal, procede-se mediante ação penal pública incondicionada se a vítima de crimes sexuais contar com menos de 18 anos de idade” (CARMO, 2012, texto digital).

Tal agir do legislador dá mostrar de uma intensão totalmente protecionista no que diz respeito aos direitos das crianças e adolescentes vítima de abuso sexual.

### **3.2 O desenvolvimento da sexualidade infanto-juvenil moderna**

Mais do que uma simples evolução, o desenvolvimento da sexualidade infanto-juvenil é um fenômeno social em que são inegáveis as mutações sofridas de geração a geração.

Nesse sentido, Cerezer (2007, texto digital) refere:

Atualmente, vivemos um período onde a sociedade e a cultura sofrem intensas mudanças e transformações de paradigmas e valores que incidem poderosamente na existência dos adolescentes. A atualidade e suas complexidades incrementam ainda mais este período evolutivo chamado adolescência, no qual transformações bio-psico-sociais acontecem, pois determina um momento de passagem do conhecido mundo da infância ao tão desejado e temido mundo adulto.

Tendo em vista essas constantes mudanças socioculturais, os “pais e adultos representam um papel fundamental no desenvolvimento da compreensão do mundo pela criança. Eles agem como fortes exemplos que as crianças invariavelmente imitam e copiam” (SANDERSON, 2005, p. 26).

Nessa linha, a mesma doutrinadora aponta que a sexualidade:

É também acomodada no momento histórico no qual os indivíduos vivem, além de depender das atitudes e crenças da família em torno dela. Essas atitudes dos pais em relação à sexualidade foram originalmente adquiridas em sua própria infância e refletem as atitudes e crenças transmitidas por seus progenitores. Dessa forma, a maneira pela qual expressamos nossa sexualidade é aprendida na infância e moldada por nossas experiências, tanto na infância quanto na vida adulta (SANDERSON, 2005, p. 29-30).

É sabido que nessa fase de desenvolvimento sexual, é fundamental que a criança obtenha as informações necessárias para compor suas convicções, mesmo que sutil, mas de forma objetiva, de acordo com sua capacidade de compreensão. Então estamos diante do papel fundamental dos pais, tutores e educadores, na medida em que eles terão a missão de buscar a melhor forma de abordar e disponibilizar as informações necessárias para efetiva formação da personalidade da criança e do adolescente, pois o desafio é atingir o amadurecimento adequado, inclusive no âmbito da sexualidade.

Para atender de forma propícia essa curiosidade com relação à vida sexual despertada nas crianças e adolescentes, os adultos devem quebrar alguns tabus e preconceitos para responder de forma adequada, sem causar constrangimentos ou traumas, tendo em vista que nessa fase de descobertas, conceitos equivocados podem causar consequências indesejadas na formação da personalidade.

Sobre essa transição do comportamento humano, se faz necessário apontar a diferença entre duas denominações: a genitalidade e a sexualidade propriamente dita.

Com relação ao aspecto da sexualidade na adolescência temos de pensar a partir da puberdade (modificações biológicas) e das mudanças psico-sócio-culturais que estão implicadas no processo adolescente. Puberdade é um processo biológico que inicia-se em torno dos 9 anos e estende-se até em torno dos 14 anos. Como fenômeno orgânico de maciço desenvolvimento hormonal é o que origina os chamados “caracteres sexuais secundários”. Percebemos que o adolescente, após isto, já estaria maduro organicamente para exercer sua genitalidade, porém cabe pensar neste momento se estaria “pronto” para viver a plenitude de sua sexualidade. Sabemos que genitalidade e sexualidade não são sinônimos, ou seja, a primeira significa o ato puro de uma relação sexual, enquanto que a segunda é muito mais abrangente, englobando além do ato da relação sexual também todo o envolvimento afetivo necessário para a completude de uma relação amorosa (CEREZER, 2007, texto digital).

Sendo assim, vislumbra-se que a denominação de sexualidade tem um significado muito mais abrangente, na medida em que essa denominação engloba todo um conjunto complexo de convicções construídas no decorrer da vida, desde o nascimento até a vida adulta. Por isso, não se pode dizer que um adolescente que esteja apto biologicamente para vida sexual, necessariamente esteja apto para o envolvimento afetivo e vice-versa, isso porque crianças e adolescentes desenvolvem-se de maneiras distintas, sendo a idade apenas uma reflexão aproximativa do desenvolvimento de suas capacidades, como bem refere o mesmo autor.

Para Carvalho et al. (2012, texto digital), “a adolescência é considerada uma fase ‘conturbada’, principalmente pela irrupção das produções hormonais.” Apesar de apresentarem a dita genitalidade, sendo biologicamente aptos para diversas práticas, inclusive as sexuais, os adolescentes muitas vezes são incapazes e irresponsáveis, do ponto de vista do amadurecimento biopsicológico.

No que tange ao direito e liberdade sexual do adolescente, as mesmas pesquisadoras abordam:

Ainda que em nosso país (Ministério da Saúde, 2006), as políticas dos direitos humanos garantam a vivência plena da sexualidade independente do quesito etário, devemos problematizar que, na prática, crianças e nem mesmo adolescentes são efetivamente contemplados por estes direitos, em especial porque há uma incompreensão compartilhada socialmente que associa direitos sexuais à violação sexual. Ou seja, compreendem-se os direitos

sexuais como sinônimo de combate ao abuso, exploração e violência sexual, algo a ser erradicado do universo infanto-juvenil, e perde-se a dimensão do que deve ser afirmado, dos sentidos e desdobramentos que oxigenam o encontro sexual, das tensões e negociações entre corpos e trocas subjetivas. Não obstante, convém destacar que o nicho que trata das violações se faz necessário, visto que não há uma relação saudável com a sexualidade quando os limites do outro atravessam e silenciam o nosso próprio; entretanto, ressaltamos a importância de que mais elementos façam parte efetivamente da garantia dos direitos sexuais (CARVALHO et al., 2012, texto digital).

Ocorre que o conceito de proteção integral objeto do atual ordenamento jurídico brasileiro, acaba por limitar a autonomia e liberdade sexual do adolescente, em nome dessa tutela, tendo em vista que muitas vezes a sexualidade é abordada na perspectiva de um risco para o adolescente e não de um direito (LEITE apud CARVALHO et al., 2012, texto digital).

Tal agir do Estado, acaba por retirar a autonomia no que se refere aos direitos sexuais por um critério unicamente etário, que embora importante, não é o único vetor que define a maturidade e autonomia do adolescente para desfrutar de sua liberdade sexual como direito fundamental.

É inegável que a sociedade atual experimenta uma adolescência cada vez mais precoce, em que os jovens atingem uma maturidade além de seu tempo. Muito disso se deve ao fácil acesso à informação, bem como a postura e o senso comum da sociedade – em sua maioria – diante da naturalidade nos relacionamentos amorosos entre adolescentes, que frequentemente envolvem-se afetivamente já no início da adolescência com total convivência dos pais e familiares, sem causar qualquer estranheza à sociedade em geral.

É nesse sentido que o Estado vem coibir a liberdade dos jovens com a premissa da proteção integral.

Diante do explorado neste capítulo, veja que a autonomia sexual deve ser compreendida como um processo constituído por um conjunto bio-psico-social que naturalmente tende a alterar de geração a geração. Diante disso, é papel do Estado suportar essa autonomia sexual provendo a proteção necessária sem banir a liberdade do adolescente.

### **3.3 A (im)possibilidade de consentimento do menor de 14 anos para atos sexuais e sua relevância jurídica**

O legislador de 1940 trazia no revogado artigo 224 do Código Penal, o instituto da presunção de violência – a chamada violência ficta –, quando alguma conduta humana afrontasse os bons costumes atinentes à dignidade sexual da pessoa compreendida como vulnerável, ou seja, sem capacidade de consentir validamente ou oferecer resistência, conforme consta na seguinte citação de Capez (2014, p. 80):

O Código Penal, considerando as peculiares condições da vítima, por ficção legal, reputava, por exemplo, que a conjunção carnal havia sido realizada com o emprego de violência, ainda que com o seu consentimento para a prática do ato sexual. Em resumo: mesmo que inexistisse a violência e que houvesse o consentimento da vítima, presumia-se a prática do crime de estupro se o ato sexual fosse realizado estando presente qualquer das condições acima citadas. O estupro com violência real ou presumida integrava, portanto, o mesmo tipo incriminador, com penas idênticas.

As alterações trazidas pela Lei nº 12.015/2009 volta-se a particular atenção quanto ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos, tendo o legislador se preocupado em proteger as crianças e adolescentes dos recorrentes abusos sexuais, bem como da proliferação da prostituição infantil, dentre outras formas de exploração sexual, zelando sobretudo a dignidade sexual do menor de 14 anos.

Com isso, o legislador excluiu “possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais” (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 408), entendendo de maneira absoluta, que o menor de 14 anos não tem a necessária maturidade para usufruir de sua liberdade sexual plena.

Para Capez (2014, p. 81), vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo, pelo que aborda a vulnerabilidade da seguinte forma:

A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir às custas desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeira à exploração sexual.

O referido autor refere ter o legislador se equivocado ao editar o artigo 217-A, do Código Penal, tendo em vista que, anteriormente, sob a vigência do artigo 224, presumia-se violenta a prática sexual contra vítima com idade igual ou menor de 14 anos, no entanto, hoje, com o novo dispositivo, se o crime foi praticado contra a vítima no dia de seu 14º aniversário, não haverá o estupro de vulnerável. Nesse caso, ou o delito será desclassificado para estupro simples (artigo 213, do Código Penal) ou poderá até mesmo ser aplicada a atipicidade da conduta, no caso de haver o consentimento válido do ofendido.

Nessa modalidade de estupro (de vulnerável), o legislador não exige que o indivíduo empregue violência ou grave ameaça para caracterização do delito, bastando a efetivação da conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinoso com pessoa vulnerável. Caso haja o emprego de violência, grave ameaça ou fraude para consumação do delito, essas circunstâncias deverão ser devidamente valoradas pelo juiz na fixação da pena (MIRABETE; FABRINI, 2010), em consideração ao princípio da culpabilidade.

Os mesmos doutrinadores entendem por impossibilidade de a vítima resistir à prática dos atos sexuais como sendo uma incapacidade de autodeterminação, tendo em vista que a pessoa vulnerável não tem a necessária compreensão do ato sexual, ou até mesmo possui uma incapacidade de externar sua oposição à conduta do agente, por condições preexistentes.

No que tange ao critério etário para fixar a autodeterminação sexual, Bártoli (apud GOMES, 2001, p. 36) destaca:

Determinar o conceito do que seja liberdade sexual das pessoas não constitui tarefa gravosa. A dificuldade apresenta-se, em verdade, no momento de fixar a época em que a autodeterminação sexual pode ser exercitada livremente. É comum vincular-se tal ocasião a uma determinada faixa etária. Mas o que se tem é que tal critério é de manifesta impropriedade, porque significa que a pessoa adquire a capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual ao atingir uma idade, legalmente prefixada, mas está proibida de fazê-lo até a véspera de completar tal idade. Essa postura de rigidez atrita contra a lógica e o bom senso, porque não pode existir uma passagem brusca da privação da liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade. A conquista da liberdade sexual é um processo dinâmico que pode, sem dúvida, perfazer-se bem antes do limiar etário estabelecido pelo legislador. As leis brasileiras filiaram-se à corrente que relaciona a capacidade de autodeterminação sexual à verificação de um determinado marco etário. Superado o limite da idade, a pessoa tem possibilidade de, livremente, exercer a sua sexualidade. Antes de tal faixa, mesmo tendo conhecimento a respeito da sua sexualidade, a vítima não tem disponibilidade alguma sobre o próprio corpo, nem

condições pessoais para repetir propostas ou agressões que lhe são endereçadas nessa esfera. Nesse caso, seu consentimento para a prática sexual é inválido, e se presume, por lei, que o agente atuou com violência.

Observa-se que tais considerações foram feitas antes mesmo da alteração do Código Penal em virtude do advento da Lei nº 12.015/09, que trouxe o artigo 217-A com a seguinte redação: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”.

De fato, a letra fria da lei não se reporta mais à presunção de violência, mas sim, impõe ao julgador o dever de aplicar a pena prevista no referido artigo, independentemente do consentimento da vítima, logo, tendo este, total irrelevância jurídica.

No entanto, em consonância com o princípio da adequação social, é imperioso considerar que em virtude das constantes mutações sociais e diversos acontecimentos que diariamente modificam o mundo, não poderia ser diferente na questão da sexualidade, que também deve ser tratada de forma a acompanhar a evolução social, que, como bem mencionado pelo autor, a conquista da liberdade sexual é um processo dinâmico e não estático.

Nesse sentido, o mesmo doutrinador faz o seguinte questionamento:

[...] passados outros 50 anos, pode o intérprete continuar a considerar esse limite de catorze anos de idade ideal e adequado para o efeito da autodeterminação sexual? Transformações, alterações dos padrões socioculturais do mundo atual não poderiam determinar uma nova leitura daquele preceito legal? (BÁRTOLI apud GOMES, 2001, p. 37).

O marco etário de 14 anos encontra-se travado no cenário dos atos sexuais há décadas, o que se denota a necessidade do legislador brasileiro de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade, a fim de adequar a norma à atualidade (NUCCI, 2010).

De forma diversa entende Greco (2014), na medida em que para esse doutrinador a presunção de violência sempre foi absoluta no que tange aos menores de 14 anos, pois não existe dado mais objetivo que a idade. Assim, explica que o legislador determinou de forma objetiva e absoluta esse marco etário, considerando que, por mais que o adolescente menor de 14 anos tivesse uma vida desregrada sexualmente, ainda não tinha o desenvolvimento necessário para decidir sobre a

prática de atos sexuais, considerando que sua personalidade, seus conceitos e opiniões ainda estavam em formação.

O mesmo doutrinador entende que os Tribunais não podem decidir de forma diversa ao estabelecido pela atual legislação penal, defendendo a ideia de que “a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima responder pelo delito de estupro de vulnerável” (GRECO, 2014, p. 542), apresentando totalmente irrelevante o consentimento da vítima, bem como a incidência de violência ou grave ameaça, sendo que a configuração do delito se dá apenas pelo fato de o agente ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos.

Em que pese o tipo penal em análise trazer verbos nucleares precisos – “ter” e “praticar” –, este dispositivo abre uma lacuna no momento em que o legislador trouxe a expressão “qualquer outro ato libidinoso”.

Importante lembrar que a expressão “outro ato libidinoso” trazida pelo tipo penal, abarca condutas sexuais diversas, que não a conjunção carnal (cópula vaginal). A título de exemplos, Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 1047) apontam como atos libidinosos a “masturbação, toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima, contemplação lasciva, contatos voluptuosos [...]” entre outras práticas de cunho sexual.

A exemplo disso, pode-se citar o beijo lascivo, o qual, diga-se de passagem, que na hipótese de ser realizado de forma consentida, não traria grandes repercussões ao desenvolvimento da personalidade do adolescente. Tal fato é recorrente na atual sociedade, sem restrição de classes sociais ou regiões do país, não evidenciando reprovação social, o que torna conveniente a aplicação do princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos, na medida em que não há lesividade a qualquer bem juridicamente tutelado, podendo, inclusive, empregar-se o princípio da insignificância.

Cabe ressaltar que, conforme aduz Greco (2014), a tipificação desse delito se amolda perfeitamente quando o autor do fato tem consciência da idade da vítima, caso contrário, torna-se cabível a aplicação do instituto do erro de tipo, podendo levar-se à

desclassificação para o delito de estupro tipificado no artigo 213 do Código Penal, ou até mesmo a atipicidade do delito.

Considerando ambas as visões doutrinárias, é indiscutível que se faz necessário estipular um marco etário para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, no entanto, não é razoável existir uma passagem brusca entre a total privação da liberdade sexual (vulnerável), para o exercício pleno dessa liberdade, sendo que essa passagem se dá de um dia para o outro, quando o adolescente completa efetivamente 14 anos de idade.

Essa total privação da liberdade sexual exercida pelo Estado em face do adolescente, acaba por afastar o princípio da intervenção mínima, e, conseqüentemente o da dignidade da pessoa humana, na medida em que o adolescente se vê proibido de exercer sua liberdade sexual.

Nessa linha, é o entendimento de Nucci (2010, p. 31):

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

Atualmente, de acordo com a letra (fria) da Lei, temos como regra geral a impossibilidade de consentimento do menor de 14 anos para atos sexuais, conforme ensina Nucci (2014, p. 835), quando aborda as particularidades do crime de estupro de vulnerável:

A relação sexual 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 (grifo nosso).

Como bem refere o autor, a prática do ato sexual é vedada aos menores de 14 anos, tendo em vista que a maioria não tem discernimento adequado para tanto, o que possibilita compreender que existem exceções. É sensato imaginar que, diante da diversidade de povos, costumes e crenças do país, uma adolescente possa atingir

uma maturidade precoce quando comparado a outro, a considerar o meio social em que está inserido.

Embora a ideia anterior de “presunção de violência” existente nos crimes sexuais praticados contra menores de 14 anos tenha sido eliminada com o advento da Lei nº 12.015/2009, a essência do tipo continua em vigor de forma intrínseca, no entanto, com nova redação em uma capitulação autônoma: o artigo 217-A do Código Penal.

No período em que vigia a ideia de presunção de violência, notadamente a partir da década de 80 do século passado, os Tribunais Superiores passaram a questionar essa presunção, passando a entendê-la como relativa em muitos casos, sob o argumento da mutação social no que tange à evolução infanto-juvenil, tendo em vista que os menores de 14 anos do final do século XX e início do século XXI não exigiam mais a mesma proteção que aqueles que viveram na época da edição do Código Penal de 1940 (GRECO, 2014), o que vem justificado claramente pelo princípio da adequação social.

No mesmo sentido, relata Capez (2014, p. 84-87), quando menciona as hipóteses em que a presunção de violência era afastada, na vigência do revogado artigo 224 (Código Penal), apresentando duas correntes utilizadas pelos Tribunais, a começar pela minoritária, senão vejamos:

Vítima que aparentava ser maior de idade; que era experiente na prática sexual; que já se demonstrava corrompida; vítima que forçou o agente a possuí-la; que se mostrava despuddorada, devassa. Para essa corrente, a presunção não poderia ser absoluta, sob pena de adoção indevida da responsabilidade objetiva. O dispositivo em questão teria como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, a despeito de não ter completado ainda 14 anos, apresentasse evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não haveria porque impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades. Por exemplo: rapaz de 18 anos, que namorasse uma menina de 12 anos há pelo menos um ano, e com ela mantivesse conjunção carnal consentida. Se a garota tivesse um desenvolvimento bem mais adiantado do que sugerisse sua idade, e se ficasse demonstrado seu alto nível de discernimento, incomum para sua fase de vida, para essa corrente não haveria porque considerar o autor responsável por estupro, já que a presunção teria sido quebrada por circunstâncias específicas do caso. Entretanto, os Tribunais Superiores vinham adotando entendimento no sentido de que a presunção de violência seria absoluta quando o crime fosse praticado contra vítima menor de idade (*juris et de jure*). Assim, sustentava-se que o consentimento de menor de 14 anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastaria, a presunção de violência para a caracterização do estupro ou do

atentado violento ao pudor; da mesma forma, o comprovado concubinato do réu com a vítima menor de 14 anos não teria o condão de elidir a presunção de violência.

Após essas divergências, sobreveio a Lei nº 12.015/2009, instituindo o artigo 217-A, o qual absorveu essa violência ficta, na medida em que reuniu a figura do crime de estupro – antigo artigo 213, do Código Penal –, bem como o atentado violento ao pudor – antigo artigo 214, do Código Penal –, à causa de aumento de pena do revogado artigo 224, do mesmo Estatuto Repressivo, o qual tratava da presunção de violência.

Assim, com a criação do artigo 217-A (instituído em 2009), presume-se ter havido violência em função unicamente da suposta incapacidade de discernimento da vítima, adotando a conceituação de vulnerabilidade, para definir a pessoa que não tem capacidade de resistência, sujeito à lesão ou despido de proteção (NUCCI, 2014).

Dessa forma, observa-se que o legislador não concedeu qualquer margem de discricionariedade para que o julgador avalie o grau de maturidade da vítima menor de 14 anos nos crimes sexuais (NUCCI, 2014). No entanto, no que concerne aos atos praticados pelo agente capazes de tipificar a conduta, detidamente ao que se refere aos atos libidinosos, o legislador deixou uma margem de discricionariedade na medida em que o tipo penal refere “qualquer outro ato libidinoso”, cabendo ao julgador interpretar quais seriam esses atos, com base nos princípios constitucionais, a saber, a dignidade da pessoa humana, a proteção a bens jurídicos, intervenção mínima, culpabilidade e adequação social, como bem mencionado no primeiro capítulo da presente pesquisa.

Diante disso, tornou-se inevitável julgamentos de diferentes formas, criando-se duas correntes. A jurisprudência, de forma majoritária, tem entendido tratar de vulnerabilidade absoluta, ou seja, que não admite prova em contrário, o menor de 14 anos, no bojo de crimes sexuais, o que se denota pela seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei nº 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato

libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1363531 / MG, 2013/0027835-7, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª turma, Data do Julgamento: 27/06/2014, Data da Publicação/Fonte: DJe 04/08/2014).

No entanto, essa forma rígida do artigo 217-A do CP vem sofrendo, timidamente, uma relativização do conceito de vulnerabilidade, em vista aos diversos fatores sociais que contribuem para que o magistrado possa julgar da forma mais justa que lhe parecer, diante do caso concreto.

Tal afirmação pode ser encontrada em diversas decisões de diferentes Tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça Gaúcho:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATO SEXUAL CONSENTIDO ENTRE A OFENDIDA, COM 13 ANOS E NAMORADO, DE 19 ANOS. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA MANTIDA. A prova colhida nos autos revela que réu, com 19 anos de idade e vítima com 13 anos de idade, namoraram por alguns meses, com consentimento dos pais desta e costumavam sair à sós para se divertir. Restou evidenciado que a adolescente, ainda que inexperiente sexualmente, consentiu no ato sexual, não tendo sido ameaçada ou fisicamente dominada pelo namorado. Presunção de violência que cede diante das particularidades do caso concreto, onde evidenciado que a adolescente, instigada por sua própria curiosidade sexual, cedeu aos apelos de maior intimidade feitos pelo namorado e permitiu a consumação da cópula. APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70058784554, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 29/01/2015).

Por todo o aqui exposto, é possível concluir que o tema não é pacífico entre os Tribunais julgadores, havendo discussão no que tange à (im)possibilidade de consentimento do menor de 14 anos para atos sexuais e a relevância jurídica de tal consentimento.

## **4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS**

O legislador, ao preocupar-se com a proteção integral da criança e do adolescente vulnerável, acabou por afastar a razoabilidade, bem como a visão constitucional regida, principalmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque o art. 217-A, do Código Penal, proíbe o adolescente entre 12 e 14 anos incompletos de decidir sobre sua liberdade sexual.

Dessa forma, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como aos demais princípios abordados na presente pesquisa – exclusiva proteção à bens jurídicos, intervenção mínima, culpabilidade, lesividade e adequação social – seria razoável considerar a vulnerabilidade da vítima de forma absoluta simplesmente pelo critério etário?

Assim, o objetivo deste capítulo será examinar a complexidade da questão constitucional para relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos e as particularidades do artigo 217-A.

## 4.1 Estrutura típica normativa do estupro de vulnerável

O delito tipificado como estupro de vulnerável está positivado no artigo 217-A do Código Penal. Veja-se:

### **Estupro de vulnerável:**

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º. (VETADO)

§ 3º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º. Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

### 4.1.1 Objeto jurídico

A preocupação do legislador antes mesmo da reforma trazida pela Lei nº 12.015/09, era de tutelar, com maior zelo, a dignidade sexual daqueles incapazes de externar seu consentimento de forma plena. De acordo com Nucci (2010, p. 99), este dispositivo legal não exige a violência ou grave ameaça, visto que “as pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estudo natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado”.

O doutrinador explica que antes mesmo da reforma trazida pela Lei nº 12.015/09, o artigo 224, do Estatuto Repressivo já abarcava a presunção de violência quando o crime sexual era praticado contra menor de 14 anos, na figura da presunção de violência, como já visto anteriormente. Nesse contexto, havia entre os Tribunais julgadores a discussão referente à presunção, se esta seria relativa ou absoluta, no contexto da faixa etária estabelecida.

Buscando uniformizar esse entendimento, surgiu o tipo penal autônomo do 217-A, o qual denominou o menor de 14 anos de vulnerável, por merecer uma especial proteção legal. Nesse sentido, Nucci (2010, p. 101):

Assim fazendo, o que se pretende é inserir, tacitamente, sem mais falar em presunção – um termo que sempre gerou polêmica em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu –, a coação psicológica no tipo idealizado. Proíbe-se o relacionamento sexual do vulnerável, considerando o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência. Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão *violência presumida*.

Neste alinhamento, Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 1046) ensina que o referido dispositivo “visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a identidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis”.

Para Greco (2014), com a nova redação do tipo em análise, aponta a liberdade sexual, a dignidade sexual e o desenvolvimento sexual como bens tutelados pelo atual ordenamento jurídico. Ainda, conclui:

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual (GRECO, 2014, p. 547).

Com relação à objetividade jurídica, Mirabete e Fabbrini (2010, p. 408) aduzem que o artigo 217-A tutela “como aspectos da dignidade sexual, o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoas que a lei considera mais vulneráveis ao abuso sexual”.

Com as alterações trazidas pela Lei nº 12.015/2009 e consequente inclusão do tipo autônomo previsto no artigo 217-A do Código Penal, com sanção própria, ficou ainda mais evidente a visão do legislador quando o assunto é o objeto jurídico a ser tutelado, o qual, em suma, é a dignidade e liberdade sexual do menor de 14 anos ou daquele 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.

#### 4.1.2 Ação nuclear e sujeitos do delito

Conforme dispõe o caput do artigo, a conduta típica consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Na sequência, o § 1º prevê a mesma pena para a hipótese de o crime ter sido praticado 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.

É válido fazer a distinção entre o que o legislador denomina de conjunção carnal e ato libidinoso. Sendo assim, ensina Capez (2014) que a conjunção carnal é a cópula vagínica (introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher), enquanto ato libidinoso são as outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal (coitos anormais). O autor traz exemplos como a cópula oral, anal. Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 1047) ainda traz outros exemplos de atos libidinosos como “masturbação, toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima, contemplação lasciva, contatos voluptuosos, uso de instrumentos mecânicos ou artificiais”.

Tendo em vista os verbos nucleares “ter” e “praticar”, pressupõe-se comportamento positivo do agente, ou seja, de regra, o referido dispositivo trata de crime comissivo. No entanto, o delito poderá ocorrer na modalidade de omissão imprópria quando, por exemplo, o agente tiver o dever de cuidado, proteção ou vigilância, e, quando poderia agir para evitar o resultado, manteve-se omissivo, conforme preconiza o artigo 13, § 2º, do Código Penal (GRECO, 2014).

Exemplo disso – e não raro –, são as mães que permitem que seus companheiros abusem sexualmente de seus filhos menores por serem totalmente dependentes financeira e psicologicamente dos agressores, sendo coniventes com a prática de atos sexuais, nos chamados estupro intrafamiliares.

Relativamente aos sujeitos do delito, temos que “tanto o homem quanto a mulher podem figurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual” (GRECO, 2014, p. 547).

No que se refere ao sujeito passivo, este, necessariamente será a pessoa vulnerável, ou seja, o menor de 14 anos, o qual é o foco do presente trabalho, além do enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato sexual, ou a pessoa que não dispõe de capacidade de resistência.

#### **4.1.3 Elemento objetivo e subjetivo**

Por tratar-se de vulnerável, o tipo penal em análise não exige para sua configuração o manifesto dissenso da vítima para prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, como ocorre no estupro simples (artigo 213, CP), bastando a ação nuclear de “ter” ou “praticar”, conforme descrito no caput do artigo 217-A (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014).

Dessa forma, por mais que tenha havido total consentimento e até mesmo insistência do menor de 14 anos para realização da prática sexual, ainda assim restará configurado o tipo injusto, de acordo com Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 1047-1048).

Assim, configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito.

No que se refere ao tipo subjetivo, o mesmo doutrinador refere que o mesmo é representado pelo dolo, na medida em que o agente deve ter a consciência e vontade de realizar os elementos objetivos e conseqüentemente preencher os requisitos para a tipificação do delito.

Vale ressaltar que “não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter à vítima à prática de relações sexuais” (CAPEZ, 2014).

Diante da inexistência de previsão legal para a forma culposa, conseqüentemente é exigido o dolo do agente, sendo necessário que o autor do crime tenha ciência de que a relação sexual se dá com pessoa vulnerável, assim descritas no art. 217-A. Caso não ocorra, estar-se-á diante do erro de tipo, afastando-se o dolo e a conseqüente punição (NUCCI, 2010).

#### **4.1.4 Consumo e tentativa**

Por se tratar de crime plurissubsistente, ou seja, constituído de vários atos, ambas as modalidades (consumada e tentada) são possíveis no delito em tela.

O delito de estupro de vulnerável consuma-se com a efetiva conjunção carnal, não sendo exigido que a penetração tenha sido total, tampouco que tenha havido ejaculação. No que tange à segunda parte do tipo penal, consuma-se o injusto quando o agente praticar qualquer outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal (GRECO, 2014).

Dessa forma, é possível a configuração da tentativa em ambas as formas de conduta, conforme exemplificam Mirabete e Fabbrini (2010, p. 412-413):

Configura-se a tentativa quando o agente, embora obstado antes da prática de ato libidinoso, iniciou a execução do delito com a prática de atos tendentes à sua consumação. Exige-se que as circunstâncias de fato revelem claramente o intuito do agente de praticar os atos sexuais com a pessoa vulnerável. Há tentativa, por exemplo, se o agente proferiu a grave ameaça ao menor para que se submetesse aos atos libidinosos, mas este logrou fugir; se o agente e a menor de 14 anos são surpreendidos, já despidos, no interior de um motel, quando se preparavam para a prática dos atos sexuais etc.

Além disso, o aludido autor ainda refere a possibilidade de desistência voluntária, contando que esta tenha ocorrido antes de qualquer prática libidinoso.

#### **4.1.5 Formas qualificadas**

São duas as hipóteses de estupro de vulnerável da forma qualificada, quais sejam: se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave (artigo 217-A, § 3º, CP) ou se da conduta resulta morte (217-A, § 4º, CP).

No que tange à lesão corporal de natureza grave, esta deve ser entendida conforme as hipóteses previstas no artigo 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal, conforme ressalta Greco (2014). Além disso, autor frisa que ambas as formas qualificadas do tipo injusto devem ser imputadas ao agente a título de culpa, visto que a conduta é direcionada à prática do estupro, no entanto, por negligência, imprudência ou imperícia, acaba por causar lesões na vítima, ou até mesmo sua morte.

De forma diversa entende Nucci (2014) que por sua vez admite a imputação das formas qualificadas ao agente também na hipótese de dolo, tratando-se de tema não pacificado na doutrina nacional.

Mirabete e Fabbrini (2010, p. 413) aduzem que o resultado qualificado deve decorrer da conduta do agente, “o que indica a necessidade de nexos causal entre a conduta dirigida à consumação do estupro, incluindo-se os meios utilizados pelo agente, e que estão excluídas outras condutas, com finalidades distintas”, no mesmo contexto fático.

Ademais, aplicam-se ao estupro de vulnerável as causas de aumento de pena previstas no artigo 226 e no artigo 234-A, inc. III e IV, do mesmo Estatuto Repressivo, quais sejam:

Art. 226. A pena é aumentada:

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

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I - (VETADO);

II - (VETADO);

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.

#### **4.1.6 Pena e ação penal**

Ademais, o novo tipo penal trouxe um aumento de pena em relação ao estupro comum, elevando-se para reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, considerando o aumento determinado pelo artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, quando era aplicável a hipótese do art. 224 do Código Penal.

Com relação às formas qualificadas, as penas são de reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos, se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, e de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, se da conduta resulta morte, respectivamente.

Salienta-se que em ambas as formas (simples ou qualificada), o delito de estupro de vulnerável é considerado hediondo, consoante disposto no artigo 1º, VI, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Considerando a especial condição da vítima – menor de 14 anos ou pessoa vulnerável –, a ação penal é pública incondicionada, conforme disposto no parágrafo único do artigo 225 do Código Penal (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014).

Tal procedimento é adotado tendo em vista os recorrentes casos em que a vítima é submetida a coações psicológicas, quando muitas vezes os abusos sexuais ocorrem no âmbito familiar, com quem a vítima nutre relação de hierarquia e dependência. Por isso, para evitar que tais crimes passem impunes, o legislador adotou o mecanismo de ação penal pública incondicionada à representação da vítima, cabendo ao Estado a autoria da ação penal.

No que tange à prescrição, Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 1050-1051) ensina que “antes de transitar em julgado sentença final, começa a correr somente a partir da data em que a vítima completa 18 anos, caso não tenha sido a ação penal proposta anteriormente”. Isso por que o legislador buscou evitar a prescrição do delito com a vítima ainda menor de idade, com o escopo de prevenir a impunidade nos casos em que a vítima oculta o abuso sofrido, vindo a revelar somente mais tarde a ocorrência e sua autoria, conforme se depreende do contido no artigo 111, inciso V, do Código Penal.

#### **4.2 O consentimento válido do menor de 14 anos como causa de exclusão da tipicidade**

Atualmente, os avanços sociais e a universalização do acesso à informação são responsáveis por uma precoce maturidade e capacidade de discernimento obtida

pelos adolescentes antes mesmo de completar 14 anos, faixa etária prevista no Estatuto Repressivo para classificar o vulnerável.

Todavia, quando os atos de cunho sexual ocorrerem de forma voluntária e consentida pelo adolescente, fruto de aliança afetiva, esses atos acabam por serem revestidos de peculiaridades que despertam possibilidades de relativização de sua vulnerabilidade, conforme se depreende do seguinte julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. **PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO.** Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 20 anos, e a ofendida, com idade entre 12 e 13 anos. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. **Indemonstradas a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma.** Precedentes no sentido de que o **critério etário adotado pelo legislador infraconstitucional não mais se considera absoluto, sobretudo diante dos avanços sociais, da universalização do acesso à informação e, conseqüentemente, da obtenção de maturidade e capacidade de discernimento pelos adolescentes.** Liberdade da jovem mulher para decidir sobre questões envolvendo sua sexualidade que não pode ser desconsiderada. Inaplicabilidade de tais ponderações aos casos de limitação por doença mental ou às crianças cuja maturidade só se dará com o passar dos anos. Sentença condenatória reformada ao efeito de absolver o réu por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70055863096, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 28/05/2014) (grifo do autor).

O julgado acima colacionado apresenta fortes e coerentes argumentos, sendo possível a análise da aplicação dos princípios reguladores do Direito Penal, a exemplo da adequação social, afastando o critério absoluto da vulnerabilidade, como bem observado no correlato voto da Desembargadora Relatora Naele Ochoa Piazzeta, *in verbis*:

Em 1940, quando da entrada em vigor do Código Penal Brasileiro, a mulher era destinatária de especial tutela. Classificava-se o sexo feminino sob vários aspectos: moral, quando se diferenciava a honesta da desonesta; fisiológico, quando se tratava de virgem ou desvirginada, e, é claro, o cronológico, para alcançar a seduzida.

[...]

Diante dessa evolução jurídico-social e, ao mesmo tempo, considerando o avanço dos meios de comunicação e a universalização do acesso à informação, inviável continuar sustentando a ideia de que adolescente de 12 ou 13 anos de idade nada saiba ou pouco possa discernir sobre questões que envolvam a sua sexualidade.

Hoje, o critério etário não é mais absoluto.

A fim de definir o grau de vulnerabilidade da jovem mulher, deve-se levar em consideração, casuisticamente, tanto seu desenvolvimento mental como sua maturidade sexual, só assim podendo-se concluir acerca da eventual incidência da regra de presunção elencada no Estatuto Repressivo.

[...]

O fulcro do novo olhar tem como destinatárias exclusivas as jovens de 12 a 14 anos incompletos, as quais, repiso, tornam-se adultas cada vez mais cedo, adquirem capacidade de discernimento e, na mesma proporção, almejam liberdade para direcionar suas vidas afetivas e sexuais. (Apelação Crime Nº 70055863096, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 28/05/2014).

A partir do explanado no voto da Desembargadora Relatora, vislumbra-se ser plenamente possível à valoração do consentimento da vítima, em harmonia com as peculiaridades do caso concreto, tendo em vista que, em determinados casos, o adolescente – entre 12 e 14 anos – pode apresentar capacidade de discernimento compatível, inclusive, cobiçando a sua liberdade para os atos sexuais.

A partir da colacionada decisão, em que pese incontroversa a existência material do fato e sua autoria, está-se frente à atipicidade da conduta, tendo em vista a ausência de coação ou violência que, somadas a manutenção de relacionamento entre réu e vítima, em consonância com os princípios constitucionais penais, mostra-se ausente qualquer lesão ao bem jurídico – liberdade sexual.

Nesse sentido, o doutrinador Paulo Queiroz (2015, texto digital) registra que “a iniciação sexual na adolescência não é necessariamente nociva, motivo pelo qual a presumida nocividade constitui, em verdade, um preconceito moral”.

O princípio da intervenção mínima, bem como da lesividade ao bem jurídico, serve de base para fundamentar a afirmação deste doutrinador quando refere que “a proteção penal não pode ter lugar quando for perfeitamente possível uma autoproteção por parte do próprio indivíduo, sob pena de violação ao princípio de lesividade” (QUEIROZ, 2015, texto digital).

Em julgado diverso, no entanto, igualmente proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Crime nº 70058784554, o Desembargador Relator Ícaro Carvalho de Bem Osório, faz os seguintes apontamentos relativos ao caso concreto analisado naquela oportunidade, *in verbis*:

Consolidou-se o entendimento de que a presunção de violência é relativa, devendo ser examinada dentro das particularidades do caso concreto. Como dito, o namoro foi consentido pelos pais da adolescente, sendo que pela idade

próxima dos envolvidos (13 e 19 anos) não se evidencia domínio psicológico ou temor reverencial, sendo natural que frente aos apelos do namorado e instigada por sua própria curiosidade sexual e desejo libidinoso a adolescente cedesse aos apelos de intimidade maior. (Apelação Crime nº 70058784554, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 29/01/2015).

Destarte, em que pese o fato estar tipificado como crime na legislação brasileira, a conduta tornar-se atípica no momento em que não há lesividade a qualquer bem juridicamente tutelado.

Diferentemente seria considerar uma relação sexual consentida entre uma adolescente de 13 e um adulto de 40 anos de idade, o que poderia evidenciar certo domínio psicológico ou temor reverencial em face da adolescente, conforme reportado na passagem do voto acima colacionado, de forma a prejudicar o consentimento válido da vítima.

Nesta oportunidade, torna-se conveniente referir novamente o exemplo trazido anteriormente, no subcapítulo 2.2.4 (Princípio da Adequação Social), de forma análoga, em que a mãe que coloca um brinco na orelha de sua filha (bebê), embora esteja praticando o delito de lesão corporal, tal fato demonstra-se totalmente adequado socialmente, tornando a conduta insignificante para o Direito Penal.

Assim, um relacionamento entre dois jovens, ainda que um deles conte com apenas 12 ou 13 anos de idade, se demonstrada a capacidade de discernimento e de consentir validamente, tais fatos acabam por excluir a tipicidade delitiva da conduta, como bem exposto pelos julgados acima colacionados.

### **4.3 Vulnerabilidade absoluta e relativa**

É de grande relevância jurídica a discussão acerca da polêmica da vulnerabilidade absoluta e relativa no que se refere ao artigo 217-A, do Código Penal. Essas correntes opostas figuram grande controvérsia nos Tribunais, conforme vislumbra-se nas seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

*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 nº 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (STF – HC101456 – MG, 2ª Turma, rel. Eros Grau, publicação: 30/04/2010).

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. PRETENDIDA REFORMA. INVIABILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA. 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224 , a, do Código Penal (hoje revogado pela Lei nº 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. Precedentes. 2. O Tribunal de origem, ao preservar o *decisum* absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que teria consentido com os atos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu. 3. Acrescentou a Corte de origem, que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria a inocência necessária nos moldes a caracterizar a hipótese prevista na alínea a do art. 224 do Código Penal. 4. Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida. 5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consenso da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte. 6. Recurso ao qual se nega provimento. (STJ, Resp 637361 – SC, 6ª Turma, rel. Ministro Og Fernandes, publicação 28/06/2010).

Embora a Lei nº 12.015/2009 tenha eliminado a discussão relativa à presunção de violência no ato sexual praticado contra vítima menor de 14 anos, a referida alteração do Código Penal acabou instituindo a chamada vulnerabilidade absoluta, na medida em que o novo tipo penal (artigo 217-A) não faz qualquer menção à possibilidade do consentimento da vítima, tampouco oportuniza qualquer relativização no que tange à sua capacidade de compreensão (NUCCI, 2014).

Como já referido no item 3.3, Greco (2014) considera que não há dado mais objetivo que a idade. Portanto, para este autor a vulnerabilidade do menor de 14 anos é absoluta (*iuris et de iure*) não podendo ser questionada.

O referido doutrinador anota que a lei penal determinou de forma absoluta o marco etário de 14 anos, por não serem suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais, ainda que tivessem uma vida desregrada sexualmente. Tal determinação do legislador se deve ao fato de entender que a personalidade dessas crianças e adolescentes ainda esta em formação.

Entretanto, Greco (2014) faz referência à hipótese do erro de tipo, em que o agente, sem saber a real idade da vítima e acreditar genuinamente que esta seja maior de 18 anos, pelo fato de estar em uma festa e ingerindo bebidas alcoólicas, este mantém conjunção carnal com ela. Nesse caso, o autor entende que o agente incorreu em erro, motivo pelo qual, o fato praticado por ele poderá ser considerado atípico, diante da ausência de violência ou grave ameaça.

Não obstante, é possível concluir que da mesma forma ocorre quando há conjunção carnal de maneira consentida, uma vez que nesses casos igualmente não há violência ou grave ameaça. Todavia, não é este o entendimento do autor, o qual considera o consentimento da vítima inoperante quando o agente tem consciência da sua idade.

Diferente é o entendimento de Queiroz (2015, texto digital), o qual defende a ideia de que se admite prova em contrário nas hipóteses de vulnerabilidade, defendendo a corrente de ser esta relativa. O autor justifica sua posição com três argumentos: o primeiro deles é de que a história é um elemento essencial do direito, motivo pelo qual as presunções legais têm, em princípio, valor relativo, podendo interpretar tal argumento em consonância com o princípio da adequação social.

Como segundo argumento, o autor aduz que o legislador não pode suprimir a liberdade de alguém com o intuito de protegê-la. Como terceiro e último argumento para justificar sua posição, refere não existirem direitos absolutos, “uma vez que a absolutização de um direito implicaria, inevitavelmente, a negação mesma do direito” (QUEIROZ, 2015, texto digital).

Diante deste último argumento trazido pelo citado autor, pode-se fazer a seguinte análise referente ao tipo penal em estudo: no momento em que o ordenamento jurídico traz a política da proteção integral como direito do adolescente, em contrapartida o Estatuto Repressivo acaba por negar o direito à liberdade sexual deste mesmo adolescente. Sendo assim, a hipótese de direitos absolutos, de fato, implicaria a negação mesma do direito.

Para concluir seu raciocínio e posicionamento referente à vulnerabilidade do adolescente, no âmbito dos crimes sexuais, Queiroz (2015, texto digital) expõe:

Assim, ao menos em relação a adolescentes (maiores de doze anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário ao estado de vulnerabilidade, de modo a afastar a imputação de crime sempre que se provar que, em razão de maturidade (precoce), o indivíduo de fato não sofreu absolutamente constrangimento ilegal algum, inclusive porque lhe era perfeitamente possível resistir, sem mais, ao ato.

Relativamente às alterações trazidas pela Lei nº 12.015/2009, Nucci (2014, p. 837) aduz que “tendo ocorrido simples inovação da 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”, no âmbito do menor de 14 anos.

O referido autor faz referência à legislação especial – Estatuto da Criança e do Adolescente – ao apontar o marco etário lá referido, onde criança é a pessoa menor de 12 anos e o adolescente aquele maior de 12 anos. Para ele, a tutela do direito penal alusiva aos crimes sexuais, deveria ser absoluta apenas no que concerne às crianças, logo, sendo relativa quando vítimas adolescentes.

Para Nucci (2014), convém o debate sobre a capacidade de consentimento do adolescente que possua 12 ou 13 anos, uma vez que, na hipótese de haver, comprovadamente, capacidade de entendimento da relação sexual, e, na ausência de violência ou grave ameaça real, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação.

Com o escopo de ilustrar seu entendimento, o acima referido autor, traz um exemplo sobre o assunto, ao passo em que faz uma crítica ao sistema do Direito Penal brasileiro, senão vejamos:

Notícia de 12 de novembro de 2010, nos principais jornais de São Paulo (Folha de São Paulo e O Estado de São Paulo), informa a prisão de um rapaz de 18 anos, acusado de estupro de vulnerável, porque, no saguão do cinema de um shopping, estava dando um beijo num outro rapaz de 13 anos. O beijo era consentido e espalhava, apenas, a relação homoafetiva de dois jovens. Causando irritação aos frequentadores, foram instados a parar; recusando-se, acionou-se a polícia que, então ‘descobriu’ ser um deles menor de 14 anos. Foi o que bastou para a prisão em flagrante por estupro de vulnerável (NUCCI, 2014, p. 837).

A crítica trazida pelo autor refere-se à vulgarização do direito penal, reportando que se caso fossem um casal heterossexual, com as mesmas condições de idade (13 e 18 anos), possivelmente, não causaria estranheza e tal conduta passaria despercebida, não sendo o jovem de 18 anos visto como um “estuprador”.

Dessa forma, “a relativização da vulnerabilidade é um imperativo de dignidade humana” (NUCCI, 2014, p. 837).

Em conformidade com o que diz a pesquisadora José Maria Palacios Mejía (apud NUCCI, 2014, p. 837-838):

É injusta a atribuição de estupro ao jovem que tenha relação sexual com pessoa menor de 14 anos. Inexiste, no caso, relevância jurídico-penal tratando-se de comportamento que não entra em colisão com os cânones da vida social saudável, nem afeta a comunidade onde vivem os protagonistas. Em suma, ninguém se inquieta por um fato dessa natureza.

Em que pese o entendimento predominante nos Tribunais Superiores tem sido em favor da corrente que defende a vulnerabilidade absoluta, Nucci (2014, p. 838), não obstante considerar nobre a preocupação dos magistrados em adotar a corrente da presunção absoluta com o escopo de erradicar a prática da exploração sexual infanto-juvenil, o autor adverte que nem todas as relações afetivas de cunho sexual se dão no âmbito da prostituição. Sendo assim, o mesmo aduz:

Diante disso, pode-se atingir o exagero desproporcional e injusto de se punir um rapaz de 18 anos porque teve relacionamento sexual com sua namorada de 13 anos, dentro do mais absoluto consentimento, muitas vezes, com as bênçãos de suas famílias. Seria o Estado se imiscuindo em demasia na vida íntima das pessoas e das famílias, sem um propósito razoável, pois não está verdadeiramente em jogo a dignidade sexual nessa hipótese (NUCCI, 2014, p. 838).

Em vista de todo explanado, em observância aos princípios constitucionais penais, diga-se que “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” (NUCCI apud GRECO, 2014, p. 541).

#### **4.4 Uma nova proposta para aplicação do art. 217-A, no que tange à vulnerabilidade do menor de 14 anos**

A dúvida que abarca o presente tema é até que ponto seria viável considerar o menor de 14 anos (e maior de 12), com por exemplo, contando com 13 anos e 10 meses de idade, absolutamente vulnerável, reputando completamente inoperante seu consentimento para a prática sexual.

No entanto, não há falar em absurda a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para prática sexual, nas peculiaridades do caso concreto, como pôde ser observado através das correntes doutrinárias e dos julgados já referidos.

Os princípios constitucionais penais decorrentes da dignidade da pessoa humana, em especial o da exclusiva proteção à bens jurídicos e da adequação social, se faz presente nessa convicção, na medida em que o Estado não pode decidir de tal forma a obstar a liberdade da pessoa em relação a sua dignidade sexual, e, conseqüentemente, ferindo a própria dignidade humana, para punir conduta sem qualquer lesividade e relevância social.

Diante disso, faz-se necessário considerar a hipótese de uma nova proposta de aplicação para o referido dispositivo legal (217-A, CP), visando minimizar e aliviar o grau de radicalidade imposta pelo preceito atualmente vigente.

Veja-se que no vigente dispositivo em análise, existe uma passagem brusca da total privação de autodeterminação sexual para a sua total liberdade, quando atingido o marco etário estipulado pelo legislador penal há décadas e mantido pelo legislador atual. No entanto, a principal dificuldade é fixar esta época exata em que alcança todos os adolescentes dessa faixa etária, permitindo dizer que absolutamente todos contam com a mesma incapacidade de discernir e conseqüentemente ver-se proibidos de exercer livremente seus direitos sexuais.

Tal critério, parece apresentar incongruências na medida em que, de um dia para o outro (literalmente), o adolescente adquire plena capacidade sexual. No dia de seu aniversário de 14 anos, idade prefixada pelo legislador, o adolescente passa a ser livre sexualmente, não o sendo nas vésperas de atingir tal marco.

Essa rigidez exposta pelo tipo penal vigente, afronta todo almanaque constitucional, insurgindo-se contra o bom senso, de forma que logicamente a conquista dessa capacidade é muito mais ampla e complexa, envolvendo um processo dinâmico social, tornando inadequada uma passagem brusca entre a proibição e o exercício pleno da liberdade sexual.

Para isso, basta observar o princípio da adequação social, quando diante de um relacionamento entre uma adolescente de 13 anos, nas vésperas de completar seus 14 anos de idade, que se envolve afetivamente com rapaz de 18, os quais nutrem sentimento de carinho, no âmbito de um relacionamento saudável e plenamente consentido, vislumbra-se não estar afrontando qualquer bem juridicamente tutelado, tampouco a dignidade sexual, que, pelo contrário, está apenas sendo exercida com liberdade. Da mesma forma, tal relacionamento não afeta a sociedade, nem mesmo o desenvolvimento saudável da personalidade do adolescente.

Sem embargo, o presente trabalho de modo algum sustenta ou defende qualquer tipo de envolvimento sexual do menor de 14 anos, com ausência de consentimento válido, ou com capacidade de consentimento reduzida. Veja-se o crime de estupro de vulnerável como um dos mais repugnantes (se não o mais repugnante) do ordenamento penal brasileiro. No entanto, a ressalva que se faz é baseada em princípios constitucionais penais, em busca de um atual olhar à norma relativa a esse tipo injusto, buscando salvaguardar a liberdade em consonância com a dignidade dos adolescentes que, atualmente se tornam adultos de forma antecipada, adquirindo uma precoce capacidade de discernimento e conseqüentemente almejando sua liberdade, inclusive no âmbito sexual.

Nessa perspectiva, é extremamente descomedido considerar um criminoso (e diga-se, altamente perigoso em virtude da pena cominada ao tipo injusto – de 8 a 15 anos de reclusão), aquele jovem, que, no início da vida adulta, nutre relacionamento com uma adolescente que possua entre 12 e 14 anos de idade, e, em virtude desse relacionamento, passa a com ela ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso.

Por todo o exposto, apresenta-se cabível como nova proposta de aplicação para o art. 217-A, do Código Penal, no que tange especificamente à vulnerabilidade do menor de 14 anos, senão vejamos:

A alteração proposta é sutil, contudo, reflete positivamente no contexto de toda abordagem feita na presente pesquisa. Nesse compasso, não parece oportuno propor a alteração do caput, do artigo, visto que se faz necessário manter a penalidade alta (de 8 a 15 anos de reclusão) imposta àquele que tiver conjunção carnal ou praticar

qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos, tendo em vista a gravidade do fato quando este se dá mediante violência ou grave ameaça.

No entanto, a proposta apresentada diz respeito basicamente à aplicação dos princípios constitucionais penais no caso concreto, pois, em que pese o fato tenha tipicidade formal quando da ocorrência da relação sexual com menor de 14 anos, este fato não tem a tipicidade material exigida pelo tipo injusto, quando este ocorre com o consentimento da vítima, na medida em que o fato não oferta lesividade a qualquer bem jurídico tutelado.

Assim, entende-se que a vulnerabilidade absoluta deve ser relativizada com base em um controle difuso de apreciação de cada hipótese, em virtude de uma construção principiológica. Portanto, o artigo 217-A deve ser respeitado no que tange a sua tipicidade formal, com a aplicação como diretriz do princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que o consentimento da vítima e a ofensividade do fato deve ser verificada e conseqüentemente aplicado os princípios constitucionais penais da adequação social, lesividade, culpabilidade, intervenção mínima, além da exclusiva proteção à bens jurídicos.

Dessa forma, o ordenamento jurídico concernente a essa conduta específica, mostrar-se-ia muito mais prudente e em conformidade com a atual sociedade em que vivemos, passando a estar em harmonia com os princípios constitucionais penais, assim, despenalizando uma conduta que já tornou-se irrelevante penalmente, sem potencial ofensivo a qualquer bem jurídico, além de atribuir o direito a liberdade sexual do adolescente e possibilitar ao julgador, que tem o contato direto com o caso concreto, de apreciar a causa de forma a abarcar os ditames da Constituição Federal de 1988.

## 5 CONCLUSÃO

Viver em uma sociedade tranquila, onde a paz opere, muitas vezes pode parecer utopia. Contudo, não é razoável conformar-se com as formas descabidas e injustificáveis de lidar com as situações que causem incômodo, em que haja confronto com os princípios constitucionais indispensáveis a qualquer ser humano, que brilhantemente foram incorporados pela Constituição Federal de 1988, na nobre tentativa de construir um mundo melhor.

O delito analisado – estupro de vulnerável –, com foco no caput do artigo 217-A, tem como objeto jurídico a dignidade sexual do indivíduo menor de 14 anos, que, devido ao marco etário estabelecido pelo legislador, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, e/ou que não pode oferecer resistência.

No entanto, o presente estudo nos fez refletir sobre a evolução social que atualmente opera em descompasso com a atualização legislativa, podendo concluir que a sociedade se encontra em um inegável avanço em relação ao ordenamento jurídico vigente, visto que a lei já entra em vigor de maneira defasada, o que pode ser corrigido, provisoriamente, aplicando-se corretamente os princípios constitucionais.

Para tanto, nossa Carta Magna empenhou-se em assegurar uma extensa lista de garantias e direitos constitucionais, necessários e fundamentais à proteção e a dignidade do ser humano.

O princípio basilar da dignidade da pessoa humana, diga-se Princípio Fundamental Constitucional instituído pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal

de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, baseada em um Estado Democrático de Direito, o qual é considerado pela doutrina atual o mais importante dos princípios na preservação de direitos essenciais a todo ser humano.

Assim, no primeiro capítulo do desenvolvimento esta monografia ocupou-se em apresentar os princípios constitucionais, partindo da premissa do Estado Constitucional sob a tutela penal como última “*ratio*” do Estado de Direito, identificando-se a dignidade da pessoa humana como balizador da aplicação do *jus puniendi* do Estado. Considerando o papel estruturante deste princípio (e norma) dentro do sistema jurídico brasileiro, que por sua vez conduz a interpretação das demais normas, verificou-se que estas só terão validade jurídica se estiverem em consonância com os princípios constitucionais decorrentes da dignidade humana. A exemplo disso, foram abordados alguns dos princípios dele decorrente, como o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da culpabilidade, além do princípio da adequação social.

Ainda, neste estudo, após contemplar brevemente os princípios constitucionais decorrentes da dignidade da pessoa humana, considerados indispensáveis para assegurar uma existência digna, de igual forma foi descrita a dignidade sexual como bem constitucionalmente relevante, com especial atenção à dignidade sexual infanto-juvenil. Após o advento da Lei nº 12.015/2009, notou-se maior preocupação do Estado com as garantias relativas à dignidade sexual e não mais com relação aos costumes, o que durante anos imperou no nosso ordenamento, ocasião em que foi abordada a reconstrução conceitual do indivíduo como titular de direito.

Em seguida, abordou-se o impacto da sexualidade nos menores de 14 anos, em respeito à dignidade sexual do vulnerável, com um breve histórico sobre a proteção sexual de crianças e adolescentes no Direito Penal brasileiro, onde ficou demonstrada a preocupação do legislador com este segmento da sociedade, criando a política da proteção integral instrumentalizada em legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como a inserção de tipos penais que punem severamente aquele que submeter a criança e o adolescente menor de 14 anos à práticas sexuais, como se vê no dispositivo que foi objeto de discussão deste trabalho.

Na sequência, foi retratado o desenvolvimento da sexualidade infanto-juvenil moderna com o escopo de contextualizar o tema e as diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais referentes à capacidade do consentimento da vítima menor de 14 anos nos crimes sexuais. Em decorrência desse desenvolvimento, foi discutida a (im)possibilidade de consentimento do menor de 14 anos para atos sexuais e sua relevância jurídica, mostrando os argumentos contrários e favoráveis nesse sentido, ocasião em que foi possível verificar que a doutrina e a jurisprudência atualmente admite o consentimento, no entanto, o tema não é pacífico e requer discussão no caso concreto.

Haja vista que o foco da presente pesquisa estava centrado em analisar o crime de estupro de vulnerável contra menores de 14 anos e a possibilidade constitucional de relativização do conceito de vulnerável com a valoração do consentimento da vítima, o capítulo final partiu de noções gerais sobre a estrutura típica normativa do delito, posteriormente adentrando a análise do consentimento válido do menor de 14 anos como causa de exclusão da tipicidade. Ao depois, foi apresentada as duas correntes atinentes à vulnerabilidade absoluta e relativa, para finalmente apresentar uma nova proposta de aplicação para o artigo 217-A, no que tange à vulnerabilidade do menor de 14 anos, nos crimes sexuais.

O direito à dignidade humana referida no início desta pesquisa, não diz respeito apenas à vida digna, pois abrange mais do que o direito de nascer e permanecer vivo dignamente; interessa a qualidade e a liberdade dessa existência, especialmente no que se refere à liberdade sexual.

Diante de toda a análise feita no desenvolvimento desta monografia, pode-se concluir que é possível sim, a relativização do conceito de vulnerável que recai sobre os menores de 14 anos, no cenário dos crimes sexuais, em virtude da aplicação dos princípios constitucionais penais elencados.

Assim, em que pese o conceito de “vulnerável” trazido pelo legislador seja aquele que contempla qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo, não fazendo referência à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao simples fato de esta ter idade inferior a 14 anos, fato que demonstraria, em um primeiro momento, estar em situação de maior fraqueza, é custoso dizer que

um/uma jovem, com acesso aos modernos meios de comunicação, seja incapaz de entender as relações sexuais, os quais muitas vezes atingem um amadurecimento precoce às custas de uma sociedade prematura e evoluída. Nesses casos, é excessivo afirmar que um jovem entre 12 e 14 anos incompletos seja incapaz de compreender o que faz, tornando-se plausível o afastamento da vulnerabilidade absoluta abordada no referido tipo penal.

Portanto, conclui-se que, em não havendo qualquer lesividade ao bem jurídico tutelado – dignidade sexual do vulnerável –, a aplicação dos princípios constitucionais é extremamente conveniente, em especial a adequação social, já que vivemos em uma sociedade em constante evolução, devendo o ordenamento jurídico buscar uma harmonização com o contexto histórico-cultural da sociedade brasileira, podendo concluir-se que é constitucional a relativização do conceito de vulnerável dos menores de 14 anos nos crimes sexuais.

## REFERÊNCIAS

BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. **Dignidade da pessoa humana e Direito Penal**. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14624/dignidade-da-pessoa-humana-e-direito-penal#ixzz3VL15ZMNz>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.\)+e+@num=%27637361%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27637361%27.suce.\)>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.)+e+@num=%27637361%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27637361%27.suce.)>)>. Acesso em: 05 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 101456 MG. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 09/03/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-06 PP-01183. Parte(s): Jose Galdino Pereira, Defensoria Pública da União, Defensor Público-Geral da União, Superior Tribunal de Justiça. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087150/habeas-corpus-hc-101456-mg>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). São Paulo: Saraiva, 2014.

CARMO, Patrick Luiz Galvão do. **A proteção penal (in)suficiente da criança e do adolescente no caso de crimes sexuais**. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br>>

/artigos/21690/a-protacao-penal-in-suficiente-da-crianca-e-do-adolescente-no-caso-de-crimes-sexuais/1>. Acesso em: 13 abr. 2015.

CARVALHO, Cíntia de Souza et al. Direitos sexuais de crianças e adolescentes: avanços e entraves. Rio de Janeiro: **Psicol. clin.** v. 24, 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-56652012000100006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652012000100006)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

CEREZER, Cleon S. **Revista Digital da Capacitação de Candidatos a Conselheiro(a) Tutelar** – Conselho Tutelar - Eleições 2007. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=74>>. Acesso em: 04 nov. de 2014.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação.** 2. ed. Lajeado: Univates, 2012. E-book. Disponível em: <[www.univates.br/biblioteca](http://www.univates.br/biblioteca)>. Acesso em: 29 jul. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por princípio da adequação social?.** 2012 Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928188/o-que-se-entende-por-principio-da-adequacao-social>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.** 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP.** 27. ed. ver. e atual. até 05 de janeiro de 2010. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PALAZZO, Francisco C. **Valores constitucionais e direito penal, um estudo comparado**. Tradução: Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Do estupro**. 2015. Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/do-estupro/>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 25964**. Segunda Câmara Criminal. Relator: João Ricardo Vinhas. Julgado em 15/10/1981. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=estupro+casamento&proxystylesheet=tjrs\\_index&getfields=\\*&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date:D:S:d1&as\\_qj=estupro+praticado+contra+esposa+e+exerc%C3%ADcio+regular+de+direito&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+&ulang=ptBR&ip=177.83.46.91&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs\\_index&filter=0&start=70&aba=juris&site=ementario#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=estupro+casamento&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_qj=estupro+praticado+contra+esposa+e+exerc%C3%ADcio+regular+de+direito&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=ptBR&ip=177.83.46.91&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=70&aba=juris&site=ementario#main_res_juris)>. Acesso em: 11 mai. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70055863096**. Oitava Câmara Criminal. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Julgado em 28/05/2014. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70055863096&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politicasite&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70055863096&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 13 mai. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70058784554**. Sexta Câmara Criminal. Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório. Julgado em 29/01/2015. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058784554&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politicasite&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058784554&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 04 mai. 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANDERSON, Christiane. **Abuso sexual em crianças**. São Paulo: M. Books, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOMÉ, Semiramys Fernandes. **Proteção à Criança e Adolescente**: aspectos jurídicos da exploração sexual infantil. 2015. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2578&idAreaSel=14&seeArt=yes>>. Acesso em: 13 abr. 2015.