



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE

ESTUPRO DE VULNERÁVEL SEM CONTATO FÍSICO

EMANUELLA PINHEIRO FONTES

João Pessoa/PB
2018

EMANUELLA PINHEIRO FONTES

ESTUPRO DE VULNERÁVEL SEM CONTATO FÍSICO

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Especialização em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) para obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva

João Pessoa/PB
2018

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

F682e Fontes, Emanuella Pinheiro.
Estupro de vulnerável sem contato físico [manuscrito] /
Emanuella Pinheiro Fontes. - 2018.
30 p.
Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) -
Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-
Graduação e Pesquisa, 2019.
"Orientação : Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva ,
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Dignidade Sexual. 2. Pessoa Humana. 3. Estupro de
Vulnerável. 4. Crime de Estupro. I. Título
21. ed. CDD 345.05

EMANUELLA PINHEIRO FONTES

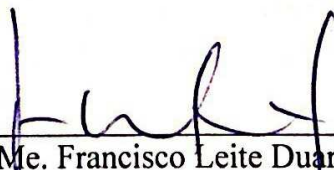
ESTUPRO DE VULNERÁVEL SEM CONTATO FÍSICO

Aprovada em: 07/09/2018

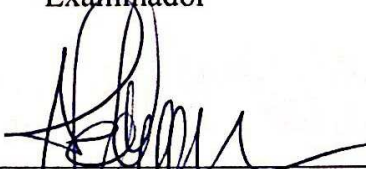
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva
Orientador



Prof. Me. Francisco Leite Duarte
Examinador



Prof. Dr. Alex Taveira dos Santos
Examinador

Dedico a minha filha Sabrina, razão pela qual busquei a realização desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Deus da sabedoria por ter me concedido concluir mais uma etapa da minha vida.

Agradeço de forma especial a minha mãe Maria Goreth Pinheiro Fontes, e a minha filha Sabrina Pinheiro de Carvalho que sempre me incentivaram a permanecer estudando, buscando novos desafios rumo aos objetivos de vida.

À minha amiga Maria de Lourdes Pinheiro dos Santos, que de forma especial e carinhosa, me deu apoio e força nos momentos de dificuldade.

Ao meu Orientador, Dr. Luciano Nascimento, pelo apoio, pela compreensão e amizade.

A todos que, direta ou indiretamente contribuíram para a realização desse estudo, meu muito obrigada.

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”.

Rudolf Von Ihering.

RESUMO

A presente monografia proporciona um estudo descritivo com o objetivo de analisar a possibilidade de imputação no crime de dignidade sexual com relação ao estupro de vulnerável sem contato físico, tendo em vista que, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que o vulnerável ao ser forçado a prática do ato libidinoso ou qualquer prática sexual que satisfaça a lascívia de terceiro, este ofende a dignidade da pessoa humana, causando um dano psíquico imensurável à vítima constrangida. A pesquisa mostra que, o estupro é um crime previsto em todos os ordenamentos jurídicos dos povos civilizados, e constata a desproteção dos menores que estão sendo vítimas da modalidade de satisfação da libido, bem como o número crescente de ocorrências devido a impunidade. Na criminalidade comum, o estupro se coloca como uma das condutas penais onde se pode entrever a maior periculosidade do agente. Os legisladores da reforma penal de 2009 quiseram sinalizar uma diferente objetividade jurídica desses delitos. Ao situá-los no âmbito da dignidade, remeteram o intérprete a um fundamento de república, inscrito logo no art. 1º da Constituição Federal. Importa, assim, ao intérprete da lei penal conhecer essa categoria jurídica para uma compreensão mais clara dos crimes sexuais num título com tal nomenclatura.

O bem jurídico tutelado é, num sentido estrito, a liberdade sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual da pessoa. A adjetivação do conceito dignidade, com o qualitativo *sexual*, importa em reconhecer *uma determinada dignidade*, aquela em que o respeito alheio é devido ao sujeito no que se refere à capacidade deste de se autodeterminar relativamente à atividade sexual. Destarte, pode-se concluir que a injustiça cometida contra o vulnerável pela prática de ato libidinoso deve ser punida da forma mais grave, tipificado como crime de estupro de vulnerável, ainda que possa inexistir o contato físico entre agente e vítima. A última reforma penal de 2018 (Lei 13.718) veio a introduzir diversas modificações na seara dos crimes sexuais contra a dignidade sexual, porém ainda não pacificou o crime de estupro de vulnerável sem contato físico, o qual se faz necessário mostrar sua importância nesse trabalho e ser analisado perante os legisladores.

PALAVRAS-CHAVES: Crime. Contato Físico. Dignidade Sexual. Estupro. Pessoa Humana. Vulnerável.

ABSTRAT

The present monograph provides a descriptive study with the objective of analyzing the possibility of imputation in the crime of sexual dignity in relation to the rape of vulnerable without physical contact, considering that, the Superior Court of Justice came to understand that the vulnerable when being forced the practice of the libidinous act or any sexual practice that satisfies the lust of a third person, this offends the dignity of the human person, causing immeasurable psychic damage to the embarrassed victim. Research shows that rape is a predicted crime in all legal systems of civilized peoples, and notes the lack of protection of minors who are victims of the mode of libido satisfaction, as well as the increasing number of occurrences due to impunity. In common criminality, rape appears as one of the criminal conduct where one can perceive the greater danger of the agent. Penal reform lawmakers in 2009 wanted to signal a different legal objectivity to these crimes. By placing them within the scope of dignity, they referred the interpreter to a foundation of republic, inscribed in art. 1 of the Federal Constitution. It is therefore important for the interpreter of criminal law to know this legal category for a clearer understanding of sexual offenses in a title with such a nomenclature. The legal right protected is, in a strict sense, sexual freedom and, in a broader sense, the sexual dignity of the person. The adjectivation of the concept of dignity, with the qualitative sexual, is important in recognizing a certain dignity, one in which the respect of others is due to the subject with regard to his ability to self-determine with respect to sexual activity. Thus, it can be concluded that the injustice committed against the vulnerable by the practice of libidinous act should be punished in the most serious way, typified as a crime of rape of vulnerable, although there may be no physical contact between agent and victim. The last criminal reform of 2018 (Law 13,718) introduced several changes in the area of sexual crimes against sexual dignity, but has not pacified the crime of rape of vulnerable without physical contact, which makes it necessary to show its importance in this work and be analyzed before legislators.

KEYWORDS: Crime. Physical contact. Sexual Dignity. Stomach. Human Person. Vulnerable.

METODOLOGIA

A pesquisa referente ao trabalho, em linhas gerais, é um conjunto de fontes de método dedutivo, o qual parte de uma lei geral para a compreensão de questões locais e pontuais. Ademais, há uma extensa pesquisa bibliográfica para explicar e fundamentar a problemática aqui levantada, fornecendo os subsídios teóricos para o desenvolvimento de uma pesquisa acadêmica acerca do Estupro de Vulnerável Sem Contato Físico.

Na busca de base para o desenvolvimento do presente trabalho foi efetuada uma pesquisa básica e qualitativa envolvendo súmula do STJ e sua jurisprudência.

Dentro dessa abordagem a presente pesquisa terá cunho explicativo, bem como um posicionamento crítico com o objetivo de fazer se reconhecer uma nova mudança na legislação penal brasileira em relação aos crimes contra a dignidade sexual.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. CONTEXTO DO ESTRUPO DE VUNERÁVEL SEM CONTATO FÍSICO	14
3. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	20
4. CONCLUSÃO.....	24
REFERÊNCIAS.....	26

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema: “Estupro de Vulnerável sem contato físico”. Com o advento da Lei 12.015/2009, o critério, agora, é objetivo (idade), e não mera presunção que por natureza é subjetiva. Pela redação atual, ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, caracteriza estupro de vulnerável.

A pesquisa é questionável, apesar de tais condutas serem caracterizadas como ato libidinoso, o tema ainda é novo na sociedade, raramente é discutido nos tribunais, nos centros acadêmicos e em sociedade de modo geral. Também, existem poucos doutrinadores que discutem o assunto.

O estupro é um crime previsto em todos os ordenamentos jurídicos dos povos civilizados. Entre os crimes sexuais, é a infração de natureza mais grave. E na criminalidade comum, o estupro se coloca como uma das condutas penais onde se pode entrever a maior periculosidade do agente.

No século passado, onde nasceu a palavra Pedofilia, construiu-se figuras novas para o estuprador visto antes como degenerado, agora o estuprador é também pode ser o pai, o padre, o professor, dentre outros tão próximos. Os distúrbios atingem a todos. Neste século as vítimas são vistas de forma destacada na sociedade e o pós-estupro é mais estudado, das mais diversas formas possíveis. A psicologia vem enumerando os efeitos devastadores desse crime nas vítimas. E ainda alguns Códigos Penais se renovam, desassociando o assédio do atentado ao pudor e do estupro.

A lei mais recente unificou o estupro e o atentado violento ao pudor no crime de estupro do Código Penal, de modo a evitar inúmeras confusões em relação ao tipo penal.

Ao que parece, a população bem como a mídia denominavam usualmente como “estupro” o que na vigência da legislação anterior era concebido por “atentado violento ao pudor”. Agora de acordo com o a redação atual, pouco importa se o sujeito passivo é do sexo feminino ou masculino, se houver o constrangimento do tipo penal previsto no artigo, estaremos diante de um crime de estupro.

Com a vinda da nova redação dos crimes contra a dignidade sexual do Código Penal, podemos dizer que são bens juridicamente protegidos, de acordo com o tipo penal de estupro, a liberdade e a dignidade sexual.

O que a lei tutela é o direito de qualquer pessoa de dispor de seu corpo se e quando desejar, em se tratando dos atos sexuais. O estupro consegue agredir tanto a liberdade sexual quanto a dignidade do ser humano, que logo se sente humilhado com a prática sexual.

A proposta do legislador inicialmente com o Título VI do Código Penal era dos crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual. Com o esse novo título dos crimes contra a dignidade sexual, ainda se pode visualizar o desenvolvimento sexual como outro bem juridicamente protegido.

Portanto, são os bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual. E ainda, o objeto material do crime de estupro pode ser tanto a mulher quanto o homem, ou seja, qualquer pessoa que é a vítima deste delito.

A forma de consumação do estupro é ampla, bastando o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente para ser atingida a consumação. É, pois, crime material, comissivo, de dano (a consumação demanda lesão ao bem tutelado), unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa), plurissubsistente, pois é praticado em vários atos, admitindo tentativa.

Não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), somente para contemplação (tampouco há que se imaginar a vítima desnuda para a caracterização do crime), como evidenciou Rogério Sanches Cunha (Manual de direito penal, parte especial, 9º edição).

Na prática de atos libidinosos, a vítima também pode desempenhar, simultaneamente, papéis ativo e passivo. Nessas duas últimas condutas - praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso é dispensável o contato físico de natureza erótica entre o esturpador e a vítima.

Diante da problemática, este estudo buscou esclarecer a distinção entre as vertentes que se manifestam a respeito da necessária conjunção carnal para caracterização do crime, contrapondo parte da doutrina que apoia uma interpretação ampla do dispositivo, fundamentando não ser preciso o contato físico do agressor com a vítima, sendo irrelevante tal ação perante a violação sexual.

Justifica-se a elaboração do presente estudo, uma vez que, o tema em questão ainda não está pacificado, poucos juristas discutem o assunto. O código penal de 1940, não acompanha a evolução da sociedade, dessa forma, a redação atual foi alterada pela,

porém, com certa limitação, qual seja, sua consumação apenas com a conjunção carnal ou ato libidinoso.

Importante frisar, que a população conhece a tipificação e as características do delito, mas na prática o estupro só é punível quando ocorre a conjunção carnal, excluindo-se assim, qualquer ato libidinoso ou a lascívia, que tem sido caracterizado como contravenção penal, desclassificando a hediondez do delito.

O presente estudo apresenta grande relevância social, visto que as vítimas são pessoas vulneráveis que não tem condições de se defenderem, e também por ferir princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana, a dignidade sexual, a liberdade sexual, faz-se necessário mudar a tipificação penal em benefício da sociedade, imputando como crime atos que deem prazer ao agente usando a pessoa do vulnerável para satisfazer sua libido sexual.

A pesquisa tem como objetivo geral: analisar a possibilidade de imputação no crime de dignidade sexual com relação ao estupro de vulnerável sem contato físico, tendo em vista que, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que o vulnerável ao ser forçado a prática do ato libidinoso ou qualquer prática sexual que satisfaça a lascívia de terceiro, este ofende a dignidade da pessoa humana, causando um dano físico e psíquico à vítima constrangida.

Para a concretização desse objetivo desmembrou-se os seguintes objetivos específicos: conceituar estupro de vulnerável a partir da lei penal 12.015/09; investigar a legislação penal referente ao capítulo dos crimes contra a dignidade sexual e a Constituição Federal sobre o princípio da dignidade da pessoa humana; analisar aspectos básicos que levou a 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça considerar crime de estupro de vulnerável sem o contato físico;

Para a elaboração do presente estudo, utilizou-se a pesquisa teórico dogmática, onde foram abordados estudos de doutrinadores, jurisprudências e, matéria Constitucional que entendem a possibilidade de caracterizar como estupro de vulnerável mesmo sem o contato físico.

Teve como base de conhecimento caráter transdisciplinar, com incidência de investigações contidas entre searas distintas do Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

No Direito de penal o estudo foi sobre a imputação da existência do crime de estupro sem contato físico. No direito Processual Penal, foram discutidas as possíveis mudanças na legislação, defendendo o posicionamento de ser punido como crime e não como

contravenção penal. E no Direito Constitucional a pesquisa abrangeu direitos e princípios fundamentais.

Com a lei mais recente, emerge o estado de vulnerabilidade e desaparece qualquer tipo de presunção, delineando a aplicação do crime estupro. Assim, surge a figura do artigo de estupro de vulnerável, não havendo mais a necessidade da utilização da ficção legal contida no tipo penal “presunção de violência” do Código Penal para enquadrar o agente em uma das penas do estupro ou do atentado violento ao pudor do mesmo Código.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL SEM CONTATO FÍSICO

O estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob a nomenclatura "estupro de vulnerável". Seu teor é o seguinte: "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".

Quem é o vulnerável?

Alguém que estar suscetível a ser ferido, ofendido ou tocado, ou seja, uma pessoa frágil e incapaz de algum ato. São pessoas com maior fragilidade perante outros grupos da sociedade, como por exemplo, o indivíduo menor de 14 anos ou aquele 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.

O que é ato libidinoso?

Todo aquele pelo qual a pessoa procura satisfazer instintos lúbricos. Atos que incentiva aos prazeres do sexo. A conjunção sexual ilícita é também ato libidinoso.

A contemplação lasciva caracteriza o tipo penal?

Para o STJ, sim! Eis a decisão do STJ:

A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. Segundo a posição majoritária na doutrina,

a simples contemplação lasciva já configura o "ato libidinoso" descrito nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. (STJ. 5ª Turma. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016 (Info 587)).

Entende-se por contemplação lasciva o ato de, sem tocar na vítima, mesmo à distância, satisfazer a sua libido com a nudez alheia. Quando essa contemplação lasciva é realizada junto com o ato de constranger a vítima, teremos o tipo penal contra dignidade sexual.

E se a vítima se enquadra no conceito legal de vulnerável, estarão preenchidos todos os requisitos típicos do crime de estupro de vulnerável - art. 217-A.

A Constituição Federal de 1988 acolheu em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana, assim, como assegurou no artigo 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança [...]. No mesmo dispositivo legal, em seu inciso X, a inviolabilidade a intimidade, a vida privada e a honra, sendo estas como garantias fundamentais e primordiais a proteção da vida humana e o bem-estar em sociedade.

A dignidade sexual é retirada do princípio da dignidade da pessoa humana, que se dá a percepção que a pessoa tem direito de escolher com quem deseja ter o relacionamento sexual, desde que seja plenamente capaz. Além disso, tem a opção de reagir e ter como vestimenta aquilo que lhe aprecia. A maioria da sociedade, compreende que inúmeros indivíduos são vítimas de agressores, sendo estuprada ou imposta ao ato libidinoso pelo fato de terem permitido a conduta do agressor; mas, isso não justifica, especialmente quando essas vítimas são indivíduos vulneráveis.

É importante enaltecer, que apesar da sociedade ter evoluído, ou seja, muitos menores têm ativa a sua vida sexual, o legislador fixou a idade da vítima para menor de 14 (catorze) anos, o agente maior, considerado relativamente ou absolutamente capaz tenha relacionamento sexual com esta, pratica estupro de vulnerável, visto que viola o bem jurídico tutelado. Portanto, pode gerar inúmeras consequências para vítima e especialmente no seu ambiente familiar, sendo esta adolescente ainda não tem formado seu discernimento mental.

Neste sentido, é imprescindível a Constitucionalização do Código para atualização do Direito Penal no que se refere ao Capítulo dos crimes sexuais contra vulnerável, e pela humanização dos julgamentos.

O assunto em pauta ainda é pouco veiculado na sociedade e entre os juristas, pois são raros juristas que abordam a temática. O Código Penal é de 1940, uma vez que, não segue a evolução da sociedade, entretanto, o artigo 217-A foi alterado pela Lei 12.015 de 2009, contudo, com certa delimitação, qual seja, sua consumação apenas com a conjunção carnal ou ato libidinoso.

Vale ressaltar que, a sociedade identifica a tipificação e as propriedades do delito, mas na prática o estupro só é punível quando acontece a conjunção carnal, excluindo-se assim, qualquer ato libidinoso ou a lascívia, que tem sido caracterizado como contravenção penal, desclassificando a hediondez do delito.

Para melhor compreensão da temática abordada nesta pesquisa, abordaremos o posicionamento defendido e firmado pelo Superior Tribunal de Justiça “conhecido como Tribunal da Cidadania”, ao aprovar o conceito usado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul ao levar em consideração legítima a denúncia por estupro de vulnerável sem contato físico do agressor com a vítima, ao julgar o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – RHC 70976/MS/2016/0121838-5, o relator, Ministro Joel Ilan Paciornik, decidiu que não havia necessidade de contato físico para a configuração do crime de estupro de vulnerável. Manteve que “a dignidade sexual não se ofende apenas por meio de lesões de natureza física, mas também com transtornos psíquicos que a vítima terá que suportar. Assim, ocorrendo lesões físicas a vítima, estas serão levadas em consideração no momento de dosimetria da pena”.

A seguir, apresenta-se na íntegra a Ementa da decisão:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. JUNTADA DE NOTAS TAQUIGRÁFICAS. AFETAÇÃO DA MATÉRIA À SEÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, AMBIGUIDADE OU OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS, COM DETERMINAÇÃO DE JUNTADA AOS AUTOS DE NOTAS TAQUIGRÁFICAS.

1. Conforme estabelece o art. 619 do Código de Processo Penal – CPP, os embargos de declaração são cabíveis para correção de omissão, obscuridade, ambiguidade ou contrariedade no acórdão embargado. *In casu*, não se verifica a existência de qualquer vício no julgado.

2. A ausência de determinação de juntada das notas taquigráficas da sessão de julgamento não consubstancia omissão do acórdão, mas, ao revés, encontra-se em

consonância com o entendimento desta Corte, que tem autorizado a flexibilização da regra inserta no art. 103 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em homenagem à celeridade processual, notadamente em casos de decisão unânime, como na espécie. Todavia, conquanto não configurada omissão, não há razão para que, após a presente manifestação de interesse da parte no teor dos debates orais, seja-lhe negado acesso à degravação do julgamento.

3. A própria semântica do inciso II do art. 14 do RISTJ deixa claro que a remessa dos feitos à Seção, em razão da relevância da questão ou para prevenção de divergência entre Turmas, sujeita-se a juízo de conveniência do colegiado. Assim, não configura vício no julgado a ausência de remessa do feito à Terceira Seção, porquanto sequer se cuida de procedimento cogente. Ademais, a questão debatida nos autos apresenta tamanha especificidade fática – notadamente no tocante à conduta do ofensor e da ofendida e ao modus operandi do suposto delito – que desautoriza a conclusão, *prima facie*, de que se trata de clara divergência jurisprudencial entre as Turmas que apreciam matéria penal no âmbito desta Corte Superior, não se prestando o procedimento previsto no dispositivo regimental supra a exercício de mera suposição acerca de hipotético julgamento de controvérsia semelhante por colegiado diverso. Embargos de Declaração rejeitados. Determinada a juntada aos autos das notas taquigráficas da sessão de julgamento do recurso em habeas corpus em apreço. ACÓRDÃO vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos, com determinação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), data do Julgamento 27 de setembro de 2016. (BRASIL, STJ, 2016, último acesso em 16 de novembro de 2016).

De acordo com o magistrado, a denúncia é legítima e tem fundamentação jurídica em conformidade com a doutrina atual: “A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lascívia configura ato libidinoso constitutivo dos artigos 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.”

Assim sendo, o esplêndido Tribunal agiu em prol da dignidade humana do vulnerável, a saber, a legislação penal conceitua essas pessoas:

Art. 217-A [...] Menor de 14 (catorze) anos, pessoa que tem enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (BRASIL, Código Penal).

Relevante, destacar, a vulnerabilidade atingiu outros âmbitos diferentes do citado acima, sendo considerado os seguintes:

A mulher no âmbito doméstico que é forçada pelo seu companheiro a ter relação sexual, o usuário de drogas, a pessoa idosa estando em situação de vulnerabilidade.

Não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), somente com a contemplação.

Art. 227, caput. 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Reza o tipo penal:

Por certo, a contemplação lasciva não se enquadra na expressão conjunção carnal, mas, de acordo com a maioria da doutrina e do STJ, pode ser caracterizada como ato libidinoso diverso da conjunção carnal e, nesse caso, não se exige contato físico entre ofensor e vítima para fins de tipificação.

Realizada a adequação típica, o fato de o agressor não ter tocado na vítima não serve para isentá-lo de responsabilidade criminal, mas pode influenciar a dosimetria da pena, respeitando a proporcionalidade entre um infrator que tocou na vítima e o outro que apenas a contemplou lascivamente.

Portanto, há uma premissa básica que não se pode, jamais, ser deixada de lado: qualquer que seja o ato praticado pelo agente, deve ser constatada sua especial finalidade: a satisfação da lascívia. Em outras palavras, o agente precisa, necessariamente, procurar satisfazer seu desejo sexual, sensualidade exacerbada, sua libido.

Ao julgar processo sobre rede de exploração de menores que envolve políticos e empresários de Mato Grosso do Sul, o Superior Tribunal de Justiça considerou legítima denúncia por estupro de vulnerável, mesmo sem contato físico do agressor com a vítima (RHC 70.976 - MS, DJe de 10 de agosto de 2016).

Em decisão unânime, a Quinta Turma do STJ ratificou conceito adotado pelo TJ de Mato Grosso do Sul.

No caso analisado, uma menina de dez anos foi levada a um motel por terceiros e forçada a tirar a roupa na frente de um homem, que pagou R\$ 400 pelo encontro, além de comissão à irmã da vítima. Segundo a denúncia, o evento se repetiu.

A defesa do acusado alegou que a denúncia é inepta, pois não é possível caracterizar um estupro consumado sem contato físico entre as pessoas. Entretanto, o relator do processo, ministro Joel Ilan Paciornik, disse que no caso analisado o contato físico é irrelevante para a caracterização do delito. Para o magistrado, a dignidade sexual é passível de ser ofendida, mesmo sem agressão física.

O Ministério Público Federal considerou que o ato lascivo de observar a criança nua preenche os requisitos previstos na legislação brasileira para ser classificado como um caso de estupro, por se tratar de menor sem chances de defesa e compreensão exata do que estava ocorrendo.

Importante frisar que diante deste crime, o menor não tem liberdade de escolha, pois é coagido a satisfazer a lasciva do agente. Diante desse contexto, é possível analisar as lições de Kant, o qual ensina que a liberdade pertence à natureza humana e remete à igualdade: "deve existir em todos igualmente" e deve compatibilizar-se com o exercício da liberdade de todos os iguais. Chegasse, então, à concepção de justiça: "Justa é somente a ação sob cuja máxima a liberdade de arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de todos".

Dessa forma, a injustiça cometida contra o vulnerável pela prática de ato libidinoso deve ser punida da forma mais grave, tipificado como crime de estupro de vulnerável.

3. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O Título VI do Código Penal padeceu a forma de proteger a maneira como os indivíduos se comportam sexualmente, e passou a proteger a sua dignidade sexual, espécie do gênero principiológico relacionado na Constituição Federal, a integridade da pessoa humana. Sarlet (2015,p.60) mostra que, a dignidade é uma característica intrínseca que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, evitando um ato com o viés desonroso e anti-humano, a fim de que lhe seja garantido ocorrências mínimas existenciais para uma vida saudável e proporcionar uma cooperação ágil em comunhão com os demais seres humanos.

A modificação no Título VI de “Crimes contra os Costumes” para “Crimes contra a Dignidade Sexual”, evidenciou, perfeitamente as críticas dos Editorias de Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Devido isto não ser mais a moral sexual que requer proteção, mas direito de qualquer pessoa, a provocação sofrida e daí admite-se a nova adaptação típica das figuras penais do estupro e do atentado violento ao pudor. A atual terminologia procurou um novo enfoque jurídico completamente desligado de todo e qualquer aspecto moral, pois estes os crimes sexuais experimentam a privacidade e ocupam a personalidade da vítima, e não o seu costume.

O nome concedido a um Título no Código Penal tem o sentido de induzir a hermenêutica do objeto e da pesquisa de cada ilustração típica nele contida, com finalidade de, através de uma compreensão sistêmica e teleológica, ocorra a efetiva tutela do bem jurídico em questão. A título de amostra, traz-se o crime de estupro que se destina precisamente no capítulo referente aos crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se aprende, a finalidade do tipo penal é a real proteção da liberdade sexual da vítima, e, num significado mais amplo, a sua integridade sexual (Título VI).

Acontece que a rapidez da sociedade pós-moderna surge com novas e graves obrigações, dentre elas, ressalta-se a apreensão com a exploração sexual de crianças e adolescentes. Esta desavença surgiu de tal maneira que em 2003 surgiu a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito no Congresso Nacional, assinada pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia Saboya Gomes e Marly Slhessarenko, as quais conduziram relatos assustadores a respeito da análise sexual no Brasil que culminou no projeto de Lei nº 253/2004 que, após algumas modificações, veio a se tornar na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Na legislação brasileira não há um tipo penal nomeado abuso, que é o termo geralmente utilizado para mostrar as inúmeras formas de compreensão sexual com crianças e adolescentes.

A Lei 12.015/09 originou um capítulo exclusivo denominado “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”, que compreende o estupro de vulnerável explicado no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro vigente.

A tutela do direito penal se expressa com maior atenção aos menores e inaptos de demonstrar sua concessão racional e totalmente segura positivado no artigo 217-A do CP, que descreve:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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.

Consagra a lei penal como comportamento típico à realização de qualquer ato obsceno, consensual ou não, com vulneráveis – indivíduos que não sejam capazes, por qualquer razão de reagir ao agente.

Em determinadas situações estamos vulneráveis, porém indubitavelmente não é desta delicadeza ocasional, exclusivamente circunstancial, que o mecanismo penal do artigo 217-A trata. Nas situações de fragilidade relacionadas pelo legislador é espontaneamente perceptível que se referem a indivíduos menores de quatorze anos, ou alguém que, por debilidade ou incapacidade mental, não tem a necessária prudência para o desempenho do ato, ou que, por qualquer outra razão, não pode disponibilizar resistência.

Em verdade, o legislador faz grande confusão com a idade vulnerável, já que ora refere-se a menor de quatorze anos, ora a menor de dezoito anos. Desta premissa é que se

compreende que o *men legis* trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito).

O Estupro de vulnerável é crime comum, isto quer dizer que possui como indivíduo ativo qualquer pessoa de idade acima de 18 (dezoito) anos.

O sujeito passivo é o vulnerável menor de 14 (catorze) anos de idade e a pessoa acometida de debilidade ou insuficiência mental. Vale destacar que se tem ciência da existência de desavenças nos tribunais superiores a respeito da presunção – relativa ou absoluta – da violência em casos de delitos sexuais. O tipo objetivo é intimidar: ameaçar com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual (para conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso). É consubstanciado em duas condutas distintas: a conjunção carnal e o ato libidinoso.

A atual redação do artigo 217-A do CP não prevê definitivamente que a violência seja prevista, porém o mesmo diploma exige apenas que a vítima seja menor de 14 (catorze) anos e o agente tenha ciência de tal acontecimento, considerando que ao contrário do crime de estupro (art. 213, CP) não é necessária a existência de crueldade ou grave ameaça, uma vez que mesmo consentido o ato não tem validade alguma para fins penais.

Apreende-se dos comentários supracitados que, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos.

O elemento subjetivo do tipo penal é o dolo, uma vez que o agente precisará ter o conhecimento que a vítima possui idade abaixo de 14 (catorze) anos ou que seja acometida por enfermidade. Na hipótese de o agente ignorar qualquer dessas propriedades, afasta-se o dolo e por tanto a tipicidade da conduta visto que inexistente modalidade culposa.

Por tratar-se de crime polinuclear, isto é, figura típica com dois núcleos, conjunção carnal e prática de ato libidinoso, o primeiro ato típico se consuma com a cópula carnal, consistindo na penetração, independente de forma parcial.

Na conjunção carnal não é autoritário a ruptura do hímen e nem a ejaculação, e o ato libidinoso pode se consumir apenas pela vista do agente à vítima sexualmente exibida. Destaca-se que a conjunção carnal poderá ser forçada tanto por homem quanto por mulher e a relação deve ser obrigatoriamente heterossexual.

Em oposição, nos casos de ato libidinoso, qualquer pessoa poderá representar nesta condição de sujeito ativo e passivo. Ato libidinoso distinto de conjunção carnal é aquele passível de gerar prazer sexual satisfazendo lascívia, sem menos, confundir-se com cópula vagínica.

Por fim, pode-se perceber que no Direito Penal brasileiro, estupro de vulnerável é uma espécie penal criada com a Lei 12015 de agosto de 2009, que trocou o artigo 224 do Código Penal, que tratava da presunção de violência. Com o atual crime, a presunção de violência encontra-se em tese absoluta e não mais relativa. Esta mesma lei que originou o conceito do estupro de vulnerável, também foi responsável pela modificação no texto do crime de corrupção de menores, estabelecendo a idade de consentimento no Brasil aos 14 anos, com exceção dos casos de prostituição.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade de imputação no crime de dignidade sexual com relação ao estupro de vulnerável sem contato físico, tendo em vista que, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que o vulnerável ao ser forçado a prática do ato libidinoso ou qualquer prática sexual que satisfaça a lascívia de terceiro, este ofende a dignidade da pessoa humana, causando um dano físico e psíquico à vítima constrangida.

Após a análise do material bibliográfico que serviu de base para o presente trabalho o crime de estupro de vulnerável engloba não apenas a conjunção carnal, mas também qualquer outro ato libidinoso. Portanto, é possível que este crime ocorra de tal forma que não deixe rastros materiais algum, a exemplo de um beijo mais ardente, ou até mesmo a cópula oral. Em tais casos, a palavra da vítima, para constituição da materialidade do delito, se tornará meio probatório de grande importância, desde que sustentado pelos demais elementos dos autos.

Com esta pesquisa foi possível identificar que o estupro de vulnerável pode ocorrer sem deixar elementos palpáveis, constituindo seu corpo de delito em mera conduta não provável por laudo técnico.

Os resultados implicam que, os crimes sexuais são, a princípio, aqueles ligados com a liberdade sexual da pessoa. Com a lei mais recente de 2009, modificou-se o bem jurídico desses crimes, tutelando a dignidade sexual que, para parte da doutrina, seria um enorme avanço.

Evidenciou-se através dessa pesquisa que, com a constituição do crime de estupro de vulnerável do Código Penal, acaba-se a abordagem com relação à presunção de violência, atualmente invalidada.

Constatou-se que, o extenso problema sobre a presunção de violência mostrado pela doutrina e jurisprudência foi determinar a natureza jurídica desse tipo penal.

Observou-se que, o Supremo Tribunal Federal compreendia ser absoluta a presunção de violência. É uma obrigação a renúncia da prática de atos sexuais nos casos estabelecidos pela lei penal. Dessa maneira, existirá uma proteção maior, principalmente em relação aos menores.

Percebeu-se que, em sentido oposto, o Superior Tribunal de Justiça compreendia ser relativa a presunção de violência, tendo que ser provado que a vítima tinha capacidade

de dar o consentimento, ou seja, consciência do fato para permitir a prática do ato libidinoso.

Por fim, pode-se perceber que, tal compreensão permite apurar a existência da autodeterminação sexual, respeitando a liberdade sexual daqueles que se constatavam no rol do art. 224, CP. Atualmente, a presunção de violência foi revogada pela Lei 12.105/09, que a tipificou ao criar o art. 217-A, CP: estupro de vulneráveis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. LEI nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. *Dos Crimes Hediondos*. Cap. II, dispõe dos crimes sexuais contra vulnerável. Art. 218. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm (Acesso em: 11 de agosto de 2018).

BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus* – RHC 70976/MS/2016/0121838-5. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 02 de agosto de 2016. http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601218385&dt_publicacao=10/10/2016. (Acesso em: 14 de agosto de 2018).

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte Especial*. Vol. Único. 9ª. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MARCÃO, Renato. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3ª edição- São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PISA, O. & STEIN, L. M. (2007). *Abuso sexual infantil e a palavra da criança vítima: pesquisa científica e intervenção legal*. *Revistas dos Tribunais*, 857, 456-477.

SARLET, Igno Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 60.