

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

RENATA CABRAL DE BRITO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A VULNERABILIDADE
DOS MENORES DE 14 ANOS**

**JOÃO PESSOA
2015**

RENATA CABRAL DE BRITO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A VULNERABILIDADE
DOS MENORES DE 14 ANOS**

Monografia apresentada à Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, em convênio com Tribunal de Justiça da Paraíba, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática judicante.

ORIENTADOR: Prof. Ms. Antônio Carlos Iranlei Toscano

JOÃO PESSOA
2015

B862e

Brito, Renata Cabral de

Estupro de Vulnerável e a Vulnerabilidade dos Menores
de 14 anos[manuscrito] / Renata Cabral de Brito. - 2015.
60p.

Digitado.

Trabalho de conclusão de Curso (Prática Judicante EAD) -
Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, Centro de Ciências Biológicas
e Sociais Aplicadas, 2015.

“Orientação: Prof. Me. Antônio Carlos Iranlei Toscano,
Departamento de Ciências Jurídicas”.

1.Estupro. 2 Vulnerabilidade. 3. Menores. I. Título.

21.ed. CDD 343.5615

RENATA CABRAL DE BRITO

ESTUDO DE VULNERÁVEL E A VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS

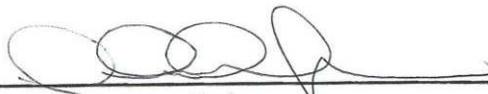
Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, em parceria com a Escola Superior de Magistratura da Paraíba – ESMA-PB, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática judicante.

Aprovada em: 17 / 09 / 2015

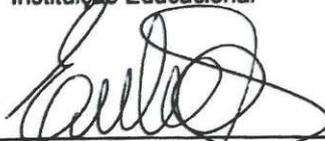
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Antônio Carlos Iranlei Toscano
Orientador
Escola Superior de Magistratura da Paraíba – ESMA-PB



Prof.
Membro Examinador
Instituição Educacional



Prof.
Membro Examinador
Instituição Educacional

AGRADECIMENTOS

A Deus, por cuidar de mim, por estar sempre me guiando pelos caminhos certos e me dando forças nos dissabores das decisões errôneas no meu dia-a-dia e em minha vida acadêmica;

Aos meus pais, por todo amor, dedicação, esforço e respeito a mim e aos momentos em que necessitei de colo, por sua compreensão quando precisei me afastar, para cumprir minhas tarefas acadêmicas.

Ela é tão livre que um dia será presa.
- Presa por quê? - Por excesso de liberdade. - Mas essa liberdade é inocente? - É. Até mesmo ingênua.
- Então por que a prisão? - Porque a liberdade ofende.”
Clarice Lispector

RESUMO

Este trabalho monográfico e sob vertente qualitativa tem como objetivo externo a conclusão do curso de Pós-Graduação em Prática Judiciária, e como objetivo interno a análise das alterações oferecida pela Lei nº 12.015/09, de agosto de 2009, que reformou o capítulo II do Título VI do Código Penal, principalmente, no que concerne ao novo tipo penal intitulado por “Estupro de vulnerável”, especificamente no art.217-A. O propósito desta monografia é, primeiramente, trazer a baila o conceito e o histórico da violência sexual de crianças e adolescentes, definindo a pedofilia, as espécies dos abusos e os seus sujeitos. Em seguida, indaga-se as recentes modificações legislativas do Código Penal, relativas aos crimes sexuais. Analisa-se o crime de Estupro de vulnerável sob a problemática de a vulnerabilidade ser absoluta ou relativa e confronta com a antiga presunção de violência; classifica-se as espécies de vulnerabilidade, menciona os princípios constitucionais violados e a controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto as possíveis consequências da vulnerabilidade absoluta ou relativa. Demonstra que o legislador objetivou eliminar a discussão sobre a relativização da vulnerabilidade do menor de quatorze anos, acatando o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. E conclui que o ideal é o critério absoluto, conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores e alguns doutrinadores.

Palavras-chave: Lei nº 12.015/09. Estupro de vulnerável. Liberdade sexual. Vulnerabilidade. Princípios constitucionais.

ABSTRACT

This monograph and under qualitative aspect has as external objective completion of the course Graduate in adjudicative practice, and as an internal objective consideration of amendments offered by Law No. 12,015 / 09, August 2009, which reformed Chapter II of Título VI of the Criminal Code, mainly regarding the new criminal offense called for "Rape vulnerable", specifically in art.217-A. The purpose of this paper is, first, bring the fore the concept and history of sexual violence against children and adolescents, setting the pedophilia, the species of abuse and their subjects. Then asks to the recent legislative changes to the Criminal Code, relating to sexual offenses. Analyzes the Rape Crime vulnerable under the issue of the vulnerability be absolute or relative and confronts the old presumption of violence; ranks the species vulnerability, mentions the violated constitutional principles and the doctrinal and jurisprudential controversy about the possible consequences of absolute or relative vulnerability. Demonstrates that the legislature aimed to eliminate the discussion about the lower the vulnerability of relativity fourteen years, respecting the principle of full protection of children and adolescents. He concludes that the ideal is the absolute criterion, according to the jurisprudence of the Superior Courts and some scholars.

Keywords: Law No. 12,015 / 09. Rape vulnerable. Sexual freedom. Vulnerability. Constitutional principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	12
2.1 HISTÓRICO	13
2.2 CONCEITO DE PEDOFILIA.....	15
2.3 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DO ABUSO E DA EXPLORAÇÃO SEXUAL... 16	
2.3.1 O abuso sexual intrafamiliar.....	17
2.3.2 O abuso sexual extrafamiliar.....	19
2.3.3 Exploração sexual comercial	20
2.4 SUJEITOS DA VIOLÊNCIA SEXUAL.....	22
2.4.1 O abusador	21
2.4.2 Mulheres abusadoras sexuais de crianças	23
2.4.3 A criança\adolescente abusador	24
2.4.4 O abusado	25
2.4.5 A família	26
3 OS CRIMES SEXUAIS E A LEGISLAÇÃO	28
3.1 MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	28
3.2 ESTUPRO.....	29
3.3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL	32
3.4 MEDIAÇÃO DE MENOR VULNERÁVEL PARA SATISFAZER A LASCÍVIA DE OUTREM.....	34
3.5 SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE.....	35
3.6 FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL.....	36
4 VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES	38
4.1 ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUANTO A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E A VULNERABILIDADE	~
4.2 VULNERABILIDADE	39
4.2.1 Vulnerabilidade absoluta.....	41

4.2.2 Vulnerabilidade relativa	43
4.3 CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O estudo a ser realizado tem o intento de retratar e discutir o art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, e a vulnerabilidade dos menores de 14 anos.

Dessa forma, perguntar-se-á: a vulnerabilidade dos menores de 14 anos deve ser relativizada?

Tendo em vista que, renomados doutrinadores e a jurisprudência divergem muito sobre este tema. E que o abuso sexual infantojuvenil é uma das mais graves formas de violência, pois lesa os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, continuamente, deixando consequências físicas e psíquicas.

Embora a ideia por trás da vulnerabilidade seja a de proteger a vítima, este é um tema que sempre despertou debates e que ainda não está pacificado. Inicialmente, pelo fato de que não podem existir presunções contrárias ao réu, o qual deve ser considerado inocente até a sentença condenatória definitiva. Em segundo lugar, porque se discute a natureza de tal presunção, que poderia ser absoluta ou relativa.

A investigação a ser realizada se caracteriza como uma pesquisa aplicada e responderá a uma questão prático-jurídica: se há possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade nessa hipótese, coletando conceitos, os quais serão apresentados numa linha lógica e cronológica, tendo por fontes de leitura a própria ordem de estruturação do sistema, e tomando-se por percurso o exame da lei, da doutrina e da jurisprudência.

A pesquisa será dogmática e terá caráter descritivo, seus dados serão obtidos por meio da literatura revisada, configurando-se numa pesquisa bibliográfica e documental. Do ponto de vista temporal, o estudo será transversal e analisar-se-ão julgados mais recentes e antigos. O método adotado, enfim, será o qualitativo e conduzirá uma pesquisa interpretativa.

No primeiro capítulo far-se-á um estudo acerca do conceito, classificação e histórico dos abusos sexuais sofridos por crianças e adolescentes, e define, ainda, os sujeitos desta violência.

No segundo capítulo serão demonstradas as alterações trazidas pela lei nº 12.015/09 ao Código Penal e suas repercussões na realidade cultural da sociedade.

O quarto capítulo avaliará a natureza da vulnerabilidade do crime de “estupro de vulnerável”, se é absoluta ou relativa, demonstrando a controvérsia existente entre o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Conforme será observado, existem inúmeros posicionamentos acerca da relativização da vulnerabilidade dos menores de quatorze anos, tendo em vista que o assunto não guarda consigo o espírito de pacificidade. Por esta razão, expor-se-ão as principais teses desenvolvidas pelos doutrinadores e as inclinações dominantes na jurisprudência pátria, por meio de julgados colacionados.

2 ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

2.1 HISTÓRICO

Conquanto, atualmente, seja um assunto muito debatido pela mídia e inúmeros profissionais, o abuso sexual de crianças e adolescentes não é um problema recente, ao contrário, está presente em toda história, independentemente da classe social, grupo étnico ou religioso, é tão antigo que é impossível mensurar seu marco inicial. Na antiguidade, jovens gregos eram incentivados por seus familiares a servirem sexualmente aos seus mestres, e em alguns casos, eram remunerados pelo serviço prestado. Curiosamente, o sexo entre homens era proibido, mas com crianças, meninos, era permitido. Até, na Bíblia, há também alusões a uniões entre velhos e meninas, ou seja, essa problemática existe há mais de quatro mil anos, quando já eram realizadas condutas sexuais com crianças e adolescentes nas cidades de Sodoma e Gomorra.

Por séculos, o uso de crianças e adolescentes para fins sexuais foi esquecido, embora não estivesse ausente, pois não havia diferenciação entre crianças, mulheres ou propriedades, todos eram objetos de posse dos homens; as crianças não tinham suas necessidades e características respeitadas, eram vistas como pequenos adultos, mercadorias ou adultos inferiores, que podiam ser vendidas, usadas ou trocadas. Nos tempos bíblicos com a lei talmúdica¹ era possível o uso sexual de meninas a partir dos três anos de idade, desde que o pai consentisse e recebesse o dinheiro que lhe parecia adequado por sua filha.

De acordo com Lloyd deMause (apud SANDERSON, 2008), da antiguidade ao século IV, as filhas eram comumente estupradas, raramente as garotas da Grécia e de Roma possuíam hímen intacto. Os filhos também eram abusados sexualmente por homens mais velhos, eles eram entregues, a partir dos 7 anos até a puberdade, e alguns ganhavam a vida como garotos de aluguel.

¹ Segundo Chouraqui (1963), existem Talmude de Jerusalém e o da Babilônia e são ambos enciclopédias gerais do saber tradicional dos hebreus. O Talmude é dividido em seis Sedarim (ordens), cada qual possui um certo número de tratados, dividindo-se em capítulo e por fim em parágrafos, entre eles o terceiro tratado é consagrado às mulheres e às questões do casamento, moral sexual, e etc. A palavra Talmude significa “ensinamento” e é, em sua essência, uma meditação da Bíblia, a Palavra de Deus para os judeus e cristãos.

Segundo Sanderson (2008), do século IV ao XII, as crianças eram vendidas para mosteiros e conventos, onde submetiam-se a abusos sexuais como a sodomia, a relação sexual anal, além de serem frequentemente surradas, pois o ato de machucá-las provocava excitação sexual na pessoa que o administrava. Além disso, nessa época, a educação dos infantes estava atrelada à violência, assim os castigos físicos passaram a fazer parte da criação, transformando a relação familiar, que deveria ser protetiva, em impositiva.

Conforme Vivian Moreira (2010), em meados do século XV, surgiu uma valorização da infância e de suas características pueris, a criança tornou-se fonte de distração e relaxamento para adultos, todavia essa prática foi censurada pela sociedade e passou a separar as crianças dos adultos, porque aquelas eram consideradas indivíduos ignorantes.

Somente a partir do século XIX até a metade do século XX, os adultos e os pais, em geral, tornaram-se menos abusivos sexualmente e começaram a enfatizar a educação das crianças, e o ato de manter meninos e meninas, para que tivessem relações sexuais com adultos passou a não ser mais tolerado pelas pessoas, embora não extinto, e os seus genitores começaram a dar mais importância à sua instrução. Esse período foi chamado de modo de socialização (SANDERSON, 2008).

No Brasil, a história social da infância revela que, desde o tempo da colônia, as crianças não eram consideradas sujeitos de direitos, situação reproduzida por séculos. A colonização e a escravidão, no Brasil, gerou um costume em que, as categorias sociais marginalizadas, no caso, as mulheres e as crianças, podiam ser dominadas e exploradas por seus superiores, pais, irmãos, maridos, entre outros.

A violência sexual contra crianças e adolescentes sempre foi e ainda é um tabu. Os casos eram, e são, mantidos em segredo, vigorando a lei do silêncio, ao invés da exposição e enfrentamento do problema. Nos últimos anos, esse quadro começou a modificar-se, e quiçá, a conscientização da sociedade, diariamente, surge novas denúncias, revelando a frequência e a gravidade do problema; despertando a curiosidade e a atenção dos profissionais que trabalham com

famílias, crianças e adolescentes, que estão conseguindo derrubar as barreiras e tentando modificar a situação e amenizar o sofrimento das vítimas.

De acordo com dados do Centro de Referência Especializado de Assistência Social da Paraíba (CREAS), da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Humano (SEDH), os registros de casos de abuso sexual de crianças e adolescentes somaram 452 casos no primeiro semestre de 2013. O número de casos de abuso sexual registrados foram 407. Foram atendidas 302 meninas e 105 meninos. Já os casos de exploração sexual foram 45 ocorrências, sendo 37 meninas e 8 meninos atendidos. (In: G1PARAIBA,2014).

2.2 CONCEITO DE PEDOFILIA

A palavra pedofilia tem origem grega, deriva dos termos “paidos” que significa criança, e filia, que é amizade ou amor, portanto sua combinação resulta em amizade ou amor por crianças.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV-TR, 2002)² estabelece que “a pedofilia se enquadra nos Transtornos Sexuais e da Identidade de Gênero, o qual contém as Disfunções Sexuais, as Parafilias e os Transtornos da Identidade de Gênero” (TRINDADE; BREIER, 2007, p. 27).

Conforme Holmes (apud TRINDADE; BREIER), cuja classificação segue os principais diagnósticos específicos dos Eixos I e II do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), há três espécies de transtornos relacionados ao sexo, que podem ser assim descritos:

1º As denominadas disfunções sexuais, que envolvem desejo ou estimulação insuficientes e problemas com o prazer (orgasmo), e que, a princípio, não possuem relação direta com a pedofilia;

2º As parafilias, gênero daqueles que buscam a satisfação de estímulos sexual através de meios inapropriados, dentre as quais se encontram espécies como exibicionismo, fetichismo, frotteurismo, masoquismo, sadismo e voyeurismo, e se destaca a pedofilia;

² O DSM-IV-TR é o sistema de classificação utilizado mais amplamente. A informação é coletada em cinco eixos. As categorias de diagnóstico evoluíram com o passar do tempo, e o sistema se apresenta com certa dinamicidade no sentido de melhorar cada vez mais a sua utilidade e precisão.

3º Os transtornos de identidade de gênero.

A pedofilia é uma das espécies de parafilias que se caracterizam por anseios, fantasias ou comportamentos sexuais recorrentes e intensos, que envolvem objetos, atividades ou situações incomuns, causando um sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas da vida do indivíduo.

Assim, a pedofilia deve ser entendida como uma alteração do instinto no qual existe um impulso de natureza erótica que leva a buscar relações sexuais com crianças, é considerada uma anomalia da escolha do objeto e, como tal, ingressa na rubrica das perversões como um comportamento sexual considerado patológico simplesmente porque se afasta da norma geral aceita pela sociedade no que diz respeito ao tipo de escolha objetual realizado.

Evidenciando a autoria supracitada, a classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10 (classificação internacional de doenças) considera a pedofilia um dos transtornos de preferência sexual, que integra os transtornos de personalidade e de comportamento em adultos (F60; F65 e F65.4), e a identifica como uma preferência sexual por crianças de idade pré-puberal ou no início da puberdade.

Em suma, a pedofilia é vista como um distúrbio de conduta sexual, em que o adulto sente desejos sexuais compulsivos, heterossexual ou homossexual, por meninos ou meninas em idades bem inferiores a deles. É o desejo erótico de posse, pois dentro de si, revela-se uma fantasia de domínio absoluto e de transgressão com relação à inocência da criança e à fragilidade do adolescente, que em muitos casos, são bastante inexperientes.

2.3 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DO ABUSO E DA EXPLORAÇÃO SEXUAL

Conforme Christiane Sanderson (2008), o Abuso Sexual em Crianças é de natureza social, tendo em vista que é influenciado de maneira intensa pela cultura e pelo tempo histórico em que ocorre, o que dificulta estabelecer uma definição aceita universalmente, além disso a definição de abuso e de criança varia nas diferentes culturas.

Segundo a mesma autora:

O abuso sexual em crianças é o envolvimento de crianças e adolescentes dependentes em atividades sexuais com um adulto ou com qualquer pessoa um pouco mais velha ou maior, em que haja uma diferença de idade, de tamanho ou de poder, em que a criança é usada como objeto sexual para gratificação das necessidades ou dos desejos, para a qual ela é incapaz de dar um consentimento consciente por causa do desequilíbrio no poder, ou de qualquer incapacidade mental ou física. Essa definição exclui atividade sexual consensual entre colegas (SANDERSON, 2008, p. 17).

Por essa definição, conclui-se que o abuso é uma violação física e moral à criança e engloba todos os tipos de encontros e comportamentos sexuais, com contato ou não, impostos à criança ou ao adolescente, praticado por pessoa adulta ou um pouco mais velha, de sua família ou não, que abuse de seu poder ou de sua confiança. É assim considerado, porque o menor de 18 anos é incapaz de dar um consentimento consciente, o que torna a relação ainda mais desequilibrada, porque o abusador, em geral, utiliza-se de seu poder.

Consoante Genival Veloso (2005, p. 135):

O abuso sexual infantil define-se por todo tipo de contato sexualizado de um adulto em um menor. Esse abuso manifesta-se de muitas formas, desde falas eróticas ou sensuais e exposição das crianças a material pornográfico, à carícias genitais, solicitação para que elas as façam nos adultos, relações orais, anais, vaginais com penetração ou não, além do voyeurismo e exibicionismo.

O Departamento de Saúde do Reino Unido (2003) define o abuso sexual como:

Forçar ou incitar uma criança ou um jovem a formar parte em atividades sexuais, estejam ou não cientes do que está acontecendo. As atividades podem envolver contato físico, incluindo atos penetrantes, (por exemplo estupro ou sodomia) e atos não penetrantes. Pode incluir atividades sem contato, tais como levar a criança a olhar ou produzir material pornográfico ou a assistir a atividades sexuais ou encorajá-la a comportar-se de maneiras sexualmente inapropriadas. (Departamento de Saúde do Reino Unido, 2003, citado em Sanderson, 2008, p.5).

O abuso sexual pode envolver violência direta, e ocorrer em diferentes formas, seja por meio de contato físico direto (beijos, masturbação, relação sexual, entre outros) ou por via indireta (encorajar a criança a assistir contatos sexuais ou

ouvi-los, observar a criança nua ou despindo-se, fotografar a criança para uso erótico posterior, expor a genitália deliberadamente, entre outros).

Além do abuso sexual propriamente dito, existem outros tipos de violência a que são submetidas as crianças, que podem estar presentes na situação de abuso sexual ou colaborar para que ele ocorra. Tais como: o uso de violência física, a violência psicológica e a negligência.

2.3.1 O abuso sexual intrafamiliar

É o abuso sexual que ocorre dentro do sistema familiar da criança. A relação de consanguinidade com ela não é obrigatória, o agressor pode ser o pai, um irmão, um avô, um primo, como, um padastro ou um amigo íntimo da família. O que o caracteriza é que o agressor tenha um convívio com a criança que gere posição de confiança, que morem juntos e assumam a função de cuidadores.

Quando a violência é praticada pelos pais, na criança ou no adolescente, é despertado o sentimento de medo, angústia, receio de revelar a alguém o que está acontecendo. Muitas crianças são ameaçadas, e acreditam que são culpadas pela violência que estão sofrendo, agravando ainda mais o seu sofrimento, e o medo de que as ações sejam descobertas.

A violência sexual intrafamiliar, infelizmente é praticada durante meses, ou até anos, sendo que muitas vezes só é descoberta, denunciada, quando as vítimas já são adultas.

A situação se agrava quando a criança ou o adolescente sofrem abusos sexuais do pai ou padastro, e quando contam a outro responsável sobre a violência, se veem desacreditados. Isso quando não são considerados os responsáveis pela violência, muitas vezes acusados de terem se insinuado para o abusador e que devem suportar as consequências. Isto pode ser observado no seguinte depoimento, citado por Verardo (2000, p.81):

Eu tinha 5 anos quando vi minha irmã mais velha, então com 7 anos, ser estuprada pelo pai. Ela gritava desesperada. Quando ele finalmente terminou suas maldades, eu a vi cheia de sangue. Sabia que algo tinha acontecido, mas ainda não entendia o que era. Ele a violentou brutalmente. À noite era sempre a mesma tortura: ele emendava a cama de casal com a nossa e na hora em que a luz se apagava e a minha mãe dormia – ou fingia

estar dormindo – tudo começava. Aos 10 anos eu ainda não tinha nem menstruado quando ele arrancou minha roupa e depois me jogou na cama, mandando que minha irmã segurasse as minhas pernas. Deu um tapa no meu rosto, segurando logo em seguida minhas mãos para cima, sem que eu pudesse fazer um movimento para me defender. Quando ele acabou, fiquei estendida, sem força para levantar. Meu corpo e minhas pernas haviam travado. Era como se eu tivesse levado uma grande surra. Às vezes eu me olhava no espelho e começava a chorar. Queria descobrir o que havia em meu corpo para que meu pai fizesse aquilo. Sentia nojo de mim mesma. Deixei de comer e passei a tomar remédios na esperança de que um dia nunca mais acordasse. Minha única vontade era morrer. A mãe teve oportunidade de nos ajudar e não quis. Contei quando minha irmã mais velha foi estuprada e, mais tarde, o que aconteceu comigo. Minha mãe era cúmplice dele, e para não assumir seus erros, jogava a culpa em mim dizendo que eu havia seduzido meu pai. Aos 12 anos fiquei grávida pela primeira vez. Aos 17 anos engravidei pela segunda vez(...)
Jamais vou esquecer o que meu pai me fez. Cada vez que um homem me toca, tudo que sinto é ódio. É muito difícil explicar o que acontece comigo para os homens que querem me namorar. Eles jamais me entenderiam.

Os danos psíquicos que essa violência causa na criança ou no adolescente, podem ser percebidos na fase que acontece os abusos, como podem perdurar por toda a vida da vítima.

Quando a violência sexual demora a ser descoberta seus indícios tornam-se escassos, isto ocorre porque as marcas físicas podem desaparecer, tornando quase impossível a sua prova, geralmente não há testemunhas, e o único meio de prova acaba sendo a palavra da vítima. Esta afirmação, por vezes, é entendida como fantasiosa, principalmente quando o abusador é visto como pessoa de boa índole. Há ainda o fato de a criança ou o adolescente, se sentirem culpados pela violência que sofrerem, e pelas possíveis consequências punitivas que o agressor pode estar sujeito. As ameaças e a pressão psicológica sobre a vítima podem fazer com que o silêncio se eternize.

2.3.2 O abuso sexual extrafamiliar

É o abuso sexual que ocorre fora do âmbito familiar. O abusador, na maioria dos casos, é alguém que a criança conhece e em quem confia, a saber: médicos, educadores, padres e pastores, responsáveis por atividades de lazer, entre outros.

Alguns abusadores buscam envolver-se em atividades profissionais que mantenham contato direto com crianças e crie uma relação de confiança com os

pais, ou, até mesmo, viver em comunidades com muitas crianças, para ter mais opções.

De acordo com Sayonarah Rodrigues (2012), muitas vezes, por medo do agressor, ou por medo da descrença das pessoas, as vítimas dos abusos não contam aos seus pais a respeito de qualquer tipo de violência que estejam passando. Daí ser imprescindível que os pais ou responsáveis prestem atenção aos sinais dados pela criança ou pelo adolescente de que há alguma coisa errada acontecendo com ele. Uma criança ou adolescente violentado tem alterações em seu comportamento, em sua personalidade, que podem ser notadas por qualquer pessoa, independente de instrução. É importante que, ao sinal de qualquer alteração no comportamento do menor, os pais conversem com seus filhos para saber o que está acontecendo. Por isso o diálogo aberto no núcleo familiar é primordial para o desenvolvimento da criança e do adolescente. É a partir dele que as vítimas de abusos sexuais, sentem-se protegidos e amparados, para que possam revelar tudo o que sofrem. A ausência do diálogo pode gerar falta de confiança da vítima em revelar sobre os fatos ocorridos aos seus pais ou responsáveis e aumentar a sua angústia.

2.3.3 Exploração sexual comercial

Segundo a conclusão do Congresso Internacional contra a Exploração Sexual, de 1996, realizado em Estocolmo na Suécia, a exploração sexual define-se como:

Uma questão mais de abuso de poder que de sexo. A indústria bilionária ilegal, que compra e vende crianças como objetos sexuais sujeita-se a uma das mais danosas formas de exploração do trabalho infantil, coloca em risco sua saúde mental e física, e prejudica todos os aspectos de seu desenvolvimento. Constitui umas das piores violações dos direitos humanos, e foi identificada por muitos órgãos nacionais e internacionais como uma forma moderna de escravidão. Sua cobertura é transnacional, seu impacto transgeracional. A exploração sexual comercial de crianças ocorre virtualmente em todos os países do mundo e afeta milhões de crianças. A prostituição, a pornografia, e o tráfico de crianças com propósitos sexuais, conectas pequenas cidades e grandes centros urbanos, interliga os países em desenvolvimento, e os liga a países desenvolvidos: a

Europa Oriental aos Estados Unidos, o Nepal à Índia, o Brasil ao Japão (In:CECRIA,2010)³.

Contudo, pode-se definir a exploração sexual comercial como a comercialização da prática sexual com crianças ou adolescentes, bem como por explorador o cliente, aquele que paga pela lascívia, como o que intermediou o contato, que induziu, facilitou ou obrigou à exploração sexual, que tem direito ao lucro gerado pelo serviço oferecido pela criança que, geralmente, apresenta um único perfil: pobre, negra, mulher, tem baixa escolaridade e foi, ou é vítima de vários tipos de violência.

A exploração sexual diferencia-se do abuso por sua conotação comercial, envolvendo três protagonistas: a criança, o abusador e um intermediário, o aliciador, além disso os exploradores, geralmente, não têm uma relação de afinidade com a criança ou o adolescente explorado.

A partir do início da década de 1990, com a CPI da Prostituição Infantil Juvenil, a exploração sexual infantil passou a chamar a atenção das entidades e dos pesquisadores, todavia há uma grande dificuldade em ser pesquisada, pois o mercado de sexo envolve muito dinheiro e rede de criminosos que dificultam a ação de pesquisadores.

Antes da CPI, utilizava-se o termo prostituição infanto-juvenil, que está em desuso, porque caracteriza um modo de vida de adultos que optam voluntariamente por tê-la como sua profissão, e não uma relação de violência que visa à obtenção de proveito por parte dos adultos, o abuso.

A exploração sexual comercial divide-se em quatro modalidades: a prostituição, o turismo sexual, a pornografia e o tráfico para fins sexuais.

- Prostituição: é a prática de atividades sexuais com uma criança em troca de remuneração. As crianças e os adolescentes, por estarem submetidos às condições de vulnerabilidade e risco social, são consideradas prostituídas(os) e não prostitutas(os) (In:CECRIA,2010).

- Turismo sexual: é a exploração sexual comercial de crianças por pessoas que saem de seus países para outros, para ter atos sexuais com infantes. Via de regra os visitantes são precedentes de outros países, mas podem ser

³ Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes.

também do próprio país, e contam com a cumplicidade, por ação direta ou indireta, de agências de viagens, guias turísticos, garçons, restaurantes, bares, lanchonetes, entre outros (In: CECRIA,2010).

- Pornografia Infantil: é a produção, distribuição, disseminação, transmissão, fornecimento, disponibilização, aquisição e posse de material pornográfico que, visualmente, descreva uma criança existente, ou não, envolvida em uma conduta sexual explícita, ou exibição das partes genitais ou região pubiana da criança.

De acordo com o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos das Crianças, art.2º,alínea c:

Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais (In: UNICEF, 2010)⁴.

A produção pornográfica utilizando crianças e adolescentes constitui exploração sexual e são exploradores os produtores, os intermediários, os difusores e os colecionadores ou consumidores do produto final.

- Tráfico e venda de crianças para propósitos sexuais: consiste no transporte ou recrutamento de crianças que são enganadas e escravizadas, sendo forçadas a se prostituírem e a realizar serviços domésticos exploradores, com uso de crueldade.

2.4 SUJEITOS DA VIOLÊNCIA SEXUAL

2.4.1 O abusador

Segundo Sayonarah Rodrigues (2012), há dois tipos de agressores do sexo masculino: o abusador situacional e o abusador preferencial. O situacional é aquele que tem a criança ou adolescente não como sua preferência, mas os escolhe devido a facilidade em realizar suas vontades. Este é racional e conhece os riscos da prática deste delito. É possível que o abusador situacional, pela prática reiterada

⁴ Fundo das Nações Unidas para a Infância.

do crime, torne-se um abusador do tipo preferencial, que é aquele que prefere se relacionar com crianças e/ou adolescentes, ao invés de outros adultos. Estes são os pedófilos, que têm um comportamento considerado doentio. Sabem do mal que provocam em suas vítimas e ainda assim, não são capazes de evitar a violência.

A pedofilia é uma perversão sexual, é o desejo ou a fantasia de ter contatos sexuais com crianças em idade pré-pubertária, de 13 anos ou menos. O pedófilo tem de ter mais de 16 anos e ser 5 anos mais velho que a vítima, assim, a pedofilia consiste no desejo de se relacionar com crianças, e, quando esse desejo ultrapassa a barreira da imaginação para um contato real torna-se um abuso, ou seja, o sujeito pode ser um pedófilo e nunca chegar a ser a encostar a mão em uma criança, assim como é possível que aqueles que cometeram o abuso sexual possam não se enquadrar no diagnóstico de pedofilia, portanto o abusador é quem comete a violência sexual, independentemente de qualquer transtorno de personalidade, isto é, “o abuso sexual não se esgota nos pedófilos, estes correspondem a apenas 5% dos abusadores” (In: DREC,2010).

Os portadores de transtornos pedofílicos não são iguais, mas apresentam características que, agregadas a fatos, levam a sua identificação. Eles têm facilidade para reconhecer as possíveis vítimas, identificam-se com as crianças e têm um grande interesse em brinquedos, lojas, lugares e roupas infantis, cujos empenhos em comum facilitam o relacionamento com a criança, além disso sempre buscam ficar sozinhos com o infante, por conseguinte eles conseguem atrair a criança para junto deles, a ponto dela considerá-lo como um amigo mais velho com quem pode conversar, divertir-se e em quem pode confiar.

Só é possível proteger as crianças de abusos sexuais com informações detalhadas e com uma boa relação entre pais e filhos. Trata-se de uma tarefa árdua, porque infelizmente só 10% dos pedófilos e abusadores são conhecidos, assim, os pesquisadores deduzem suas motivações baseados em limitados conhecimentos.

Portanto, o número de abusos conhecidos não condiz com a verdade fática, uma vez que muitos casos não chegam ao conhecimento das autoridades ou da sociedade por inúmeros motivos. É importante que os pais, os professores e os familiares tenham acesso a informações sobre a pedofilia e o abuso sexual, para

reconhecer os abusadores, que podem estar cotidianamente presentes, mostrando-se pessoas sensatas e confiáveis.

Em décadas anteriores, as crianças eram orientadas a não falarem com estranhos, hoje elas devem ser advertidas sobre conhecidos também, pois grande parte dos pedófilos são pessoas que convivem com as crianças e os adolescentes ou na comunidade, eles mostram-se confiáveis e não demonstram oferecer perigo, o que dificulta muito a sua identificação, pois parecer uma pessoa normal é uma preocupação constante do pedófilo, porque assim, será mais fácil encontrar vítimas e enganar seus familiares.

Uma vez que os comportamentos sexuais são aprendidos e adquiridos, através da observação e experiência, a pedofilia e o abuso sexual em crianças estão inseridos nesses comportamentos agregados a fantasias e a imagens de crianças, vestidas ou não, com excitação sexual, que conduz à masturbação. O ciclo de fantasia, excitação e a masturbação é repetido, resultando no orgasmo e na ejaculação, os quais funcionam como recompensa. Esse ato prazeroso tende a ser repetido, tornando-se um círculo vicioso, em que a repetição tornará as imagens ou as fantasias menos atraentes, e, com o tempo, o pedófilo só se contentará com a prática do ato sexual.

2.4.2 Mulheres abusadoras sexuais de crianças

A mulher sempre é vista como a vítima de agressão sexual, mas, nos últimos anos, o número de abusos sexuais cometidos por mulheres aumentou, todavia é muito difícil de ser identificado, porque o contato corporal entre mulheres e crianças tem uma conotação mais maternal e carinhosa que sexual, e, devido ao seu estereótipo de proteção, é difícil compreender e acreditar que ela possa abusar, entretanto pesquisas mostram que os atos mais praticados pelas abusadoras são tocar os genitais, forçar a criança a sugar-lhe os seios ou genitália, masturbação mútua forçada, penetração da vagina ou do ânus da criança com objetos e coito sexual, jungidos a espancamento físico (ELLIOT apud SANDERSON, 2008).

Conforme Christiane Sanderson (2008), inicialmente acreditava-se que as mulheres abusadoras só abusavam das crianças, porque eram coagidas por seus

companheiros a praticar tal ato, porém pesquisas comprovaram que as mulheres também têm motivações para abusarem. Para Ricardo Breier e Jorge Trindade (2007), os casos de mulheres pedófilas são raros; estima-se que apenas cerca de 20% dos abusos sejam perpetrados por mulheres; suas vítimas sempre são crianças abaixo de 5 anos de idade.

De acordo com Sayonarah Rodrigues (2012), os grupos das mulheres abusadoras são classificados em:

- “Mulheres que romantizam o abuso”: o grupo de mulheres que se relacionam com adolescentes como amantes;
- “Mulheres companheiras sob coação”: são as que iniciam os abusos porque são coagidas pelos companheiros e querem agradá-los, porém, com o tempo, acostumam-se com tais práticas e passam a reiterá-las, só que por vontade própria.

Há as mães que, por ação ou omissão se tornam cúmplices da violência. Há aquelas que sabem dos abusos praticados pelos seus companheiros, e por medo da reação deles ou de um possível rompimento conjugal, não os denunciam. Há também aquelas que, sequer acreditam que os abusos realmente acontecem, e não investigam, nem denunciam por medo das suspeitas não serem confirmadas e de estarem acusando alguém injustamente.

2.4.6 A criança\adolescente abusador

No Reino Unido, 500 adolescentes são condenados anualmente por abuso sexual de crianças, e, segundo Christiane Sanderson, 30% de todos os casos de abusos sexuais são praticados por adolescentes (VIZARD apud SANDERSON, 2008).

Na puberdade, a criança tem um aumento de fantasias sexuais que gera um ciclo de excitação sexual. Se essas fantasias são de atos sexuais sádicos e raptos para fins sexuais, pode-se estabelecer um ciclo de violência sexual.

O grupo de adolescentes abusadores de alto risco está entre 15 e 16 anos. As vítimas desse tipo de abusador são mais novas que as abusadas por adultos, mas os atos praticados são os mesmos, incluindo penetração na vagina e

no ânus, com dedos e objetos, e coito oral, anal e vaginal (SHAW ET AL apud SANDERSON, 2008).

A criança ou o adolescente abusador pode praticar o abuso em crianças da sua família ou não, embora seja mais comum com as de sua família. Eles utilizam sua idade, seu poder ou “status”, para seduzir ou forçar o ato sexual e garantir o seu silêncio, e, quando são descobertos definem seu comportamento como exploração sexual consensual ou experimentação.

2.4.3 O abusado

Qualquer criança pode ser vítima de abuso sexual, embora seja mais comum no sexo feminino. Quando ocorre muito cedo, a criança interpreta o ato como manifestação de carinho, sendo, às vezes a única forma de contato sem agressões físicas daquela pessoa. Ela pode não oferecer resistência por estar com medo ou seduzida pelo agressor, e, quando começa a resistir, é ameaçada ou agredida fisicamente.

É comum que pais e professores, que têm um bom relacionamento com as crianças e possam conversar sobre qualquer assunto, questionem, por que a vítima não revelou o abuso sofrido. Eles devem saber que o abusador obriga a vítima a guardar segredo mediante ameaça de violência ou de morte, dirigidas a si ou a um membro próximo da família. Alguns abusadores chegam a ferir ou a matar um animal de estimação, para mostrar que é capaz de fazer aquele mesmo mal com a vítima ou com seu familiar, por conseguinte a criança fica tão aterrorizada, que não fala sobre o assunto com ninguém (SANDERSON, 2008).

As crianças mais novas espelham-se nos adultos, para formar uma percepção do mundo, e acreditam em tudo aquilo que ele diz, por isso é tão fácil para um abusador praticar o delito contra a criança e dizer que aquilo é normal, assim, os abusadores agem corrompendo a criança sexualmente e distorcendo-a da realidade. O abusador também tenta perverter a criança envolvendo-a em atividades criminosas, a fim torná-la uma criminosa e dificultar a revelação sobre o abuso sexual. Ele cria situações em que a criança acha que passou do papel de vítima ao de criminosa, a saber, quando a criança é induzida a tirar fotos de si mesma para

fins de pornografia infantil. Ele é tão habilidoso que utiliza isso para garantir o silêncio da criança, e, sempre que possível relembra-a do ato ilícito em que está envolvida.

Evidenciando a autora supracitada, a maioria das vítimas do abuso sente-se confusa em relação ao ato sofrido, bem como vergonha e culpa, que frequentemente são usados como sinônimos. Pode-se entender melhor a criança abusada, se o abuso sofrido for olhado por um contexto de vergonha.

Quando a vítima é agredida sexualmente, dentro de casa, em regra, leva muito tempo, para descobrir que aquela forma de afeto, praticada por seu pai, avô, primo, irmão, tio não é normal, tampouco sabe a dimensão do que está acontecendo, que aquilo não ocorre com todas as crianças e não deveria estar acontecendo com ela (VERARDO, 2000).

O impacto causado pela violência, na criança, é inesquecível, ele pode ser sexual, emocional e psicológico. A vítima é ofendida no seu supremo direito a integridade física e moral, vê comprometido seu direito a um integral desenvolvimento físico, afetivo e social, e impedida de viver como criança, sem responsabilidades, remorsos ou culpabilidade (CARMO; ALBERTO; GUERRA, 2006). Ela não confia em si nem em outras pessoas, sente-se confusa, não sabe, se deve ouvir a dor da mágoa, ou se aproveita o abuso, obedecendo ao abusador. Essa confusão de sentimentos impede que a criança peça ajuda àqueles que deveriam protegê-la.

2.4.4 A família

No abuso sexual intrafamiliar, percebe-se uma estrutura fechada, com pouco contato social, obediência e respeito à autoridade masculina, falta de comunicação e um relacionamento que não esclarece as regras de convivência. As formas de carinho são erotizadas e as vítimas geralmente portam-se como se fossem a mãe, cuidando dos afazeres domésticos e das crianças menores. Esse tipo de convívio gera um conjunto de fatores que facilita a confusão da vítima e o complô do silêncio, pois ela não sabe como revelar ou definir o que aconteceu (CORTEZ, 2009).

Em regra, a mãe é submissa ao companheiro e perde sua função de superprotetora, pois acaba encobrindo o abuso e contribuindo com o complô do silêncio. Frequentemente ela tem histórico de abuso sexual, todavia há casos em que ela não foi vitimizada e reproduz essa situação inconscientemente. O seu comportamento varia desde o desconhecimento do fato ao conhecimento, ao convívio e à aceitação da violência praticada.

3 OS CRIMES SEXUAIS E A LEGISLAÇÃO

3.1 MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O código penal foi elaborado em 1940 e não se mostra suficiente e adequado, para suprir as necessidades atuais, coibir os abusos verificados de forma crescente e diversificada, e da função de novas modalidades de plano individual e social, cabendo ao Estado reprimí-los, através do Direito Penal. A mulher, o homem, a criança ou o adolescente hodiernos são totalmente diferentes dos de 1940 e a legislação penal não acompanhou o desenvolvimento social, por isso a sociedade clama por mudanças legislativas mais atualizadas.

Acompanhada dessa necessidade de modificação, houve a iniciativa da CPMI da Exploração Sexual de crianças e adolescentes, em que foi criado o projeto de Lei nº 253/04, destinado principalmente, à proteção do bem jurídico dignidade sexual, enfatizando-se as crianças e os adolescentes.

Nesse sentido, a justificação do Projeto de Lei nº 253/04:

Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o título VI da Parte Especial do Código Penal como Dos Crimes Contra a Liberdade e o desenvolvimento sexual (In:SENADO, 2009).

Com o advento da Lei nº 12.015/09, Título VI do Código Penal (CP), passou a tutelar não mais os costumes, mas a dignidade sexual. Neste sentido trazemos a explicação de Lorette Garcia Sandeville, ao ser citada por Sanches (2012, p. 449):

Assim, não é mais a moral sexual que clama proteção, e sim o direito individual da mulher [leia-se: de qualquer pessoa], sua liberdade de escolha do parceiro e o consentimento na prática do ato sexual. A violação a isso corresponde a um ilícito ligado à sua pessoa e não mais contra os costumes. Prevalece na ofensa sofrida, sua liberdade e não a moral. Daí, justifica-se a nova adequação típica das figuras penais do estupro; e do atentado violento ao pudor.

(...)

Mas no enfoque jurídico, conclui-se que, a violência dos crimes sexuais deve ser totalmente desvinculada de todo e qualquer aspecto moral, pois estes atingem mormente a personalidade humana e não os costumes. Mister, então, se faz considerar tais infrações como uma invasão à privacidade da vítima, que teve isolada sua liberdade sexual (SANDEVILLE apud CUNHA, 2012, p. 449).

Busca-se, portanto, proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. Assim, volta-se mais atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com maior zelo ainda, do menor de 14 anos.

Houve também a união dos crimes de estupro (art. 213, CP) e o atentado violento ao pudor (art. 214, CP - revogado), em uma única figura denominada “estupro”. Esta alteração incluiu o homem, pessoa do sexo masculino, no rol de sujeito passivo do crime de estupro.

O professor Nucci (2009, p.13-14) entende que:

No campo dos crimes contra a dignidade sexual, muito há por fazer, uma vez que aos poucos o preconceito e o machismo vêm desaparecendo dos tipos penais, como se pode constatar pela unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor sob uma única figura: estupro.

Sanches cita ainda que, com o advento da Lei nº 12.650/12, nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos no Código Penal ou em legislação especial, o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva começa a correr da data em que a vítima completar 18 anos, exceto se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

3.2 ESTUPRO

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, o crime de estupro sofreu substancial alteração. De acordo com Sanches (2012, p. 450), o vocábulo estupro, no Brasil, se limitava a incriminar o constrangimento de mulher à conjunção carnal. Outros atos libidinosos estavam tipificados no artigo seguinte, que protegia, também, o homem. Seguindo a sistemática de países como México, Argentina e Portugal, o

legislador reuniu os dois crimes num só tipo penal, gerando uma nova acepção ao vocábulo estupro, além da conjunção carnal violenta, contra homem ou mulher, mas também o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso.

Assim, antes da Lei nº 12.015/09, o crime de estupro era biopróprio, exigindo condição especial de dois sujeitos, ativo (homem) e passivo (mulher). Após a reforma, o delito passou a ser bicomum, onde qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências da infração penal, ou seja, o sujeito ativo, que antes só podia ser o homem, pode agora ser a mulher, tendo esta praticado ato libidinoso contra a vítima, isto é, pode ocorrer o estupro de uma mulher perpetrado por outra mulher, a saber: com a introdução de membro genital postição na vagina ou no ânus da vítima, como por agente homem contra vítima homem, agente mulher contra homem.

Destarte, determina o artigo 213 do Código Penal:

Art.213: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

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

§1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§2º Se da conduta resulta morte:

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

Pune-se o ato de libidinagem violento, coagido, obrigado, forçado, buscando o agente constranger a vítima à conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Percebe-se, portanto, que o delito abrange não só o fato de o autor constranger sua vítima a prática de ato libidinoso, como também a permissão para que com ela seja praticado tal ato.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, não se punindo a forma culposa. Para Nucci (2009, p. 16), exige-se o elemento subjetivo específico, consistente em obter conjunção carnal ou outro ato libidinoso, satisfazendo a lascívia. Pouco importando se o prazer sexual é mórbido. Existente a violência sexual demanda-se o elemento subjetivo específico, calcado na satisfação da libido.

O objeto material é a pessoa que sofre o constrangimento. O objeto jurídico é a liberdade sexual.

O meio de execução é a violência ou a grave ameaça, esta se dá através da violência moral, direta, justa ou injusta, situação em que a vítima não vê alternativa a não ser ceder ao ato sexual; aquela é o emprego da força física suficientemente capaz de impedir a mulher de reagir.

A doutrina clássica entende que a gravidade (ou não) da ameaça deve ser extraída tendo em vista não a pessoa ameaçada, mas a generalidade, a normalidade dos homens, considerando o homem comum ou normal.

Todavia, Sanches (2012,p.452) discorda e entende que, a individualidade da vítima deve ser tomada em consideração. Assim, a idade, sexo, grau de instrução etc. são fatores que devem ser considerados na análise do caso concreto. As circunstâncias do caso concreto demonstrarão que se houve ou não o delito.

Por fim, Sanches (2012, p. 453), cita que:

Não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer 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).

A tentativa é perfeitamente possível quando, iniciada a execução, o ato sexual visado não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Deve-se observar que, a prática de conjunção carnal seguida de atos libidinosos, mesmo que praticada contra a mesma vítima, no mesmo delito, o agente só responderá pelo crime de estupro, pois, de acordo com a recente reforma, não se pode mais falar em concurso material ou crime continuado, pois a figura típica passou a ser mista alternativa. Só será crime continuado, se o agente cometer, novamente, outro estupro, contra a mesma vítima, em outro cenário (NUCCI, 2009).

No mesma sentido Cleber Masson alerta que:

Conforme destaca o autor, no entanto, “no art.213, caput, do Código Penal há somente um núcleo:”constranger”. Este verbo se relaciona aos atos de “ter conjunção carnal” e “praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Se existe um único núcleo, o tipo penal é simples, e não misto. Destarte, parece-nos apropriado evitar, no plano terminológico, a dicotomia “tipos mistos alternativos” e “tipos mistos cumulativos”. A

discussão, com idênticos fundamentos jurídicos, deve ser centrada no dualismo “crime de condutas alternativas” e “crime de condutas cumulativas” (Direito Penal Esquemático – parte especial, vol.3, 2011, p. 510 - 511).

Nota-se, portanto, que a reforma beneficiou o criminoso que age com mais perversidade, pois, se ele praticar a conjunção carnal e quaisquer outros atos libidinosos, será unicamente punido pelo primeiro e não terá sua pena agravada. Entretanto, o juiz deve ponderar a fixação da pena e o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima.

3.3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei nº 12.015/09 também introduziu importante dispositivo: art. 217 – A:

Art. 217-A: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com o menor de 14 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.

Antes da Lei nº 12.015/09 o ato sexual com pessoa vulnerável era configurado, a depender do caso, como estupro (art. 213) ou atentado violento ao pudor (art.214), a violência era presumida (art. 224), e de forma absoluta, conforme a maioria da doutrina. Todavia, com a nova lei o art. 224 foi revogado, subsumindo-se a conduta ao disposto no art. 217-A do CP.

Outra importante alteração foi incluir, expressamente, o art. 217-A no rol dos delitos hediondos.

Quanto ao sujeito ativo, trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, admitindo-se a coautoria e a participação.

No entanto, o sujeito passivo só pode ser pessoa com menos de 14 anos ou portadora de enfermidade ou deficiência mental ou incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de

oferecer resistência, não importando se a incapacidade foi ou não provocada pelo autor.

O verbo típico do crime de estupro de vulnerável é: “ter” conjunção carnal e “praticar” outro ato libidinoso. Ambos excluem a ideia de violência, bastando ter a conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos para configurar o delito. Ou seja, não há ideia de constrangimento.

Segundo Castro (2012), o objeto jurídico é a dignidade sexual do vulnerável. E o objeto material é a pessoa vulnerável, a vítima.

Conforme Sanches (2012, p. 466), o crime é punido a título de dolo, devendo o agente ter ciência de que age em face de pessoa vulnerável. A qualidade da vítima deve ser, quando não espetacular, pelo menos aparente, reconhecível por qualquer leigo em psiquiatria. A forma culposa não é possível.

Em regra, o erro que induz o sujeito ativo a desconhecer a vulnerabilidade da vítima o isenta de pena, excluindo o crime, nos termos do art. 20 do CP (erro de tipo), exceto se utilizou, na execução do delito, de violência ou de fraude, o que configura estupro ou violação sexual mediante fraude.

Se o agente for ascendente, padastro, madastra, irmão, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena será majorada de metade, de acordo com o art. 226, II, CP.

Sanches (2012, p. 466) entende que o delito consuma-se com a prática do ato de libidinagem, sendo possível a tentativa quando, iniciada a execução, o ato sexual visado não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Neste sentido, corrobora alguns julgados:

Ementa: APELAÇÃO. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL TENTADO. 1. Materialidade e autoria delitivas comprovadas pelos elementos de convicção encartados ao caderno processual durante a instrução da causa. Depoimentos prestados pela vítima e pelas testemunhas, firmes e coesos que levam à conclusão, indubitosa, no sentido de que o acusado cometeu o crime de estupro de vulnerável, tentado, ao atrair a vítima, então com apenas sete (7) anos, chamando-a pelo nome, momento em que a pegou pelos braços e aproximou o seu rosto para tentar beijá-la, apenas não se consumando o delito pela intervenção da testemunha Alexandre, que estava monitorando a estranha situação, puxando o agente pela camisa. 3. Aplicação da pena. Pena base privativa de liberdade estabelecida em nove (9) anos de reclusão em razão dos antecedentes, na forma de quatro condenações definitivas

por crimes sexuais. Exasperação da pena em um (1) ano e seis (6) meses, o que corresponde a 1/6 da basilar, em razão da agravante da reincidência. Redução da pena provisória em 2/3, porquanto o iter criminis foi interrompido, por circunstância alheia à vontade do agente, ainda no início dos atos executórios. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70058198839, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em 27/03/2014)

3.4 MEDIAÇÃO DE MENOR VULNERÁVEL PARA SATISFAZER A LASCÍVIA DE OUTREM

A recente lei também introduziu o art. 218:

Art. 218,CP: Induzir alguém menor de 14 (cartoze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.
Parágrafo único. (vetado)

Tutela-se a dignidade sexual do vulnerável menor de 14 anos.

O antigo art. 218 tinha a rubrica de corrupção de menores. A sua nova redação modificou a pessoa do sujeito passivo, e, de agora em diante, para configurar-se vítima desse crime, ela deverá ser menor de 14 anos de idade, não importando, se já tenha experiência sexual, seja corrompida ou prostituída.

É crime comum, qualquer pessoa pode praticá-lo, isolada ou associada a outra. Também não há distinção quanto ao sexo do sujeito passivo, ambos podem ser induzidos à satisfação dos desejos eróticos de terceiro.

Segundo Sanches (2012, p. 467), este delito pressupõe um triângulo constituído pelo sujeito ativo (mediador), a vítima (pessoa menor de 14 anos induzida a satisfazer a lascívia de outrem) e o “destinatário” da atividade criminosa do primeiro. A norma exige o fim de satisfazer a lascívia de outrem, e não a própria, assim, o consumidor não pode ser considerado coautor do crime, mesmo que haja instigado o mediador.

Vale salientar que, a conduta deve recair sobre pessoa determinada, pois se o agente induz a vítima a satisfazer a lascívia de um número indeterminado de pessoas, o crime passará a ser o de favorecimento da prostituição.

“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”, a pena será majorada de metade, de acordo com o art. 226, II, CP.

Segundo Sanches (2012, p. 468), trata-se de crime de ação livre, não necessariamente habitual. Além disso, consuma-se com a prática do ato que importa na satisfação da lascívia de outrem independente deste considerar-se satisfeito.

3.5 SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE

A novel lei introduziu importante dispositivo:

Art.218-A: Praticar, na presença de alguém menor de 14 (cartoze) anos, ou induzí-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

Esse fato típico pune a conduta da pessoa sexualmente desequilibrada, cuja satisfação da lascívia advém da presença de menor de 14 anos, durante a prática do ato libidinoso, isolado ou em conjunto, com outrem. O crime admite duas modalidades de execução:

a) Praticar; na presença da vítima, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, querendo ou aceitando ser observado. Neste caso o agente aproveita-se da presença espontânea do menor para realizar o ato sexual, com o fim de satisfazer lascívia própria ou alheia.

b) Induzindo a vítima a presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Neste caso, o agente brota a ideia na criança ou adolescente de presenciar o ato de libidinagem.

Em nenhum destes casos, a vítima participa do ato sexual, sua participação limita-se a apenas observar.

Parte da doutrina entende que, para caracterizar tal delito a presença física no local do ato não é necessária, podendo ser por meio de aparelhos apropriados, onde a vítima possa assistir a tudo, ou presenciar a cena (NUCCI,

2009), ou seja, o avanço tecnológico autoriza o crime sem a presença física da vítima.

Entretanto, Bittencourt (apud SANCHES, 2012, p. 470) discorda e argumenta que:

O texto legal utiliza os vocábulos 'na presença de alguém menor' e 'induzi-lo a presenciar', ou seja, com os termos 'presença' e 'presenciar', fica claro que o menor vulnerável deve encontrar-se, fisicamente, no local onde se realiza a cena de libidinagem. Tais termos, têm significado muito específico, iniludível de que o indivíduo deve estar, pessoalmente ou, dito de outra forma, 'de corpo presente' onde se desenrola o acontecimento libidinoso(...) e não indiretamente, via qualquer mecanismo tecnológico, físico ou virtual, como permitiria o mundo tecnológico.

Somente é punida a conduta dolosa, acrescida da finalidade de satisfazer ao desejo sexual próprio ou de outrem. A idade da vítima deve ser conhecida pelo agente, caso contrário, haverá erro de tipo, excludente do crime.

“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”, a pena também será majorada de metade, de acordo com o art. 226, II, CP.

De acordo com Sanches (2012), a consumação e tentativa dependerão da modalidade delituosa. Se for, 'praticar, na presença de pessoa menor de 14 anos, conjunção carnal ou outro ato libidinoso', o crime se perfaz somente com a efetiva realização do ato sexual. Se 'induzir a presenciar', o delito se caracterizará com a realização núcleo, independentemente da concretização do ato de libidinagem.

Todavia, Nucci discorda e entende que o crime, não importando a modalidade, se consuma com a visualização, pelo menor, da prática sexual.

3.6 FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL

O que difere este delito, do anteriormente citado é que, o agente leva, atrai, propicia ou retém a vítima, visando desta o exercício da prostituição, consistente em satisfazer a lascívia de maneira geral, de pessoas indeterminadas. É crime comum, onde qualquer pessoa pode praticá-lo. O polo passivo será integrado

por pessoa, de ambos os sexos, menor de 18 anos, ou que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Se o agente for ascendente, padastro, madastra, irmão, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena será majorada de metade, de acordo com o art. 226, II, CP.

Bitencourt (apud SANCHES, 2012, p. 473) alerta que:

Embora o texto legal não diga, faz-se necessário que o menor não tenha menos de 14 anos, pois, nesse caso, o crime poderá ser o estupro de vulnerável. Ainda poderá figurar como sujeito passivo quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Nessa última hipótese, a exploração sexual não pode atingir o nível da prática do ato de libidinagem, sob pena de poder configurar o estupro de vulnerável já mencionado.

A prostituta poderá ser vítima deste delito quando for impedida de deixar a prostituição. E logicamente, não será possível quando for induzida, atraída ou facilitada a sua investidura na prostituição por vontade própria.

As ações nucleares deste delito são: submeter, induzir, atrair a vítima à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, ou impedir ou dificultar que alguém a abandone.

O favorecimento pode ocorrer por ação ou omissão, esta ocorrerá quando o agente tem o dever jurídico de impedir que a vítima ingresse na prostituição, mas fica inerte.

Se o crime for cometido com o emprego de violência ou grave ameaça surgirá o concurso de delitos.

O delito estará consumado no momento em que a vítima se dedicar à prostituição, nas modalidades submeter, atrair, induzir e facilitar. Já na modalidade impedir ou dificultar o abandono da prostituição consumir-se-á no momento em que a vítima delibera por deixar a atividade e o agente obsta esse intento.

A tentativa é possível em todas as modalidades.

4 VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

4.1 ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUANTO A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E A VULNERABILIDADE

A vigência da Lei nº 12.015/09 alterou o Título VI do Código Penal e inseriu nova nomenclatura aos crimes sexuais: “crimes contra a dignidade sexual”. Com isto, o bem jurídico a ser tutelado é a dignidade sexual, a dignidade da pessoa humana e o respeito à vida sexual de cada indivíduo.

De acordo com Greco (2010):

No que diz respeito ao crime de estupro, vale ressaltar que a nova lei fundiu, sob esta rubrica, os delitos previstos anteriormente nos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor) do Código Penal, não havendo que se falar em *abolitio criminis* com relação a este último, em virtude da aplicação do princípio da continuidade normativo-típica, uma vez que os elementos que integravam a figura do atentado violento ao pudor migraram para o art. 213 do Código Penal, que diz respeito ao fato de ter o agente constrangido alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, ou a praticar ou com ele permitir que se pratique outro ato libidinoso.

A *novatio legis* introduziu também o novo tipo penal, denominado 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.

Com isto, a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos deixou de caracterizar o estupro comum, para assumir a nova

denominação de “estupro contra vulnerável”. A idade do menor de quatorze anos passou a ser elemento da conduta típica.

Esta alteração legislativa introduziu a figura do vulnerável, um conceito novo para o Direito Penal, que é toda criança ou adolescente menor de 14 anos, ou também qualquer pessoa incapacitada, física ou mentalmente, de resistir as condutas do agente criminoso.

Este novo tipo penal aboliu a questão da violência presumida, prevista no revogado art. 224, do CP, e trouxe a vulnerabilidade. Todavia, a discussão acerca de sua natureza jurídica, ser a vulnerabilidade absoluta ou relativa, permanece.

No art. 217-A o legislador estabeleceu que as vítimas menores de 14 anos são vulneráveis em relação ao sujeito ativo, ou seja, que a prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso, praticado contra menor de 14 anos configura crime de estupro, mesmo com consentimento da vítima, pois, para aquele, esta permissão não tem força para afastar a conduta delituosa, tendo em vista tratar-se de pessoa imatura, de idade tenra, que não possui discernimento para consentir a prática do ato sexual e de suas consequências de forma plena, não importando se os mesmos já possuíam vida sexual ativa.

Todavia essa interpretação causa grande polêmica, pois gera a responsabilidade objetiva, onde não se discute o dolo ou não do agente ativo, suprimindo, inclusive, a vontade do sujeito passivo para o ato sexual.

4.2 VULNERABILIDADE

Há vários anos prevalece na doutrina que crianças e adolescentes hodiernos têm um amadurecimento precoce, os comportamentos, valores e pensamentos evoluíram, nesta linha, a educação e o desenvolvimento mental dos jovens são mais extemporâneos, pois os meios de informação são mais diversificados, velozes, e acessíveis causam uma maturação mais rápida que dos infantes de quarenta, cinquenta anos atrás, e a legislação não acompanha tal desenvolvimento.

O revogado artigo 224 do Código Penal estipulava como presumida a violência com quem praticasse qualquer das condutas do Crimes Contra os

Costumes com pessoa alienada, débil mental ou que por qualquer motivo não pudesse oferecer resistência ou com menor de 14 anos. A justificativa para violência presumida era a imaturidade física e psicológica do menor de 14 anos, pois para o legislador, aqueles não tinham o necessário discernimento para a prática do ato sexual, não importava se já tinham ou não vida sexual ativa.

A natureza da presunção de violência foi muito discutida pela doutrina e jurisprudência, principalmente quanto ao menor de 14 anos, podendo ser aquela de natureza absoluta (não admite prova em contrário) ou relativa (admite prova em contrário). Parte da doutrina considerava a presunção absoluta, *juris et de jure*, por interpretar o artigo 272 do Código Penal de 1890 que previa a *innocentia consilii* presente nos menores de 16 anos. Assim, consideravam presumida a violência quando da prática de condutas sexuais independentemente da vida que esses jovens levavam. Outra parte da doutrina considerava a presunção de violência relativa, *juris tantum*, para a qual deveria ser analisado as circunstâncias de cada caso concreto em decorrência da particularidade da consciência e do tempo de amadurecimento de cada indivíduo.

Visando cessar com este debate o legislador introduziu a Lei nº 12.015/09, instituiu o art. 217-A, que excluiu a terminologia “presunção de violência” e trouxe a expressão “vulnerável”. Indo ao encontro da jurisprudência dos Tribunais Superiores, o menor de 14 anos passou a ser, objetivamente, incapaz de consentir para a prática do ato sexual.

Alguns autores depreendem que, o legislador tentou ludibriar o ordenamento para estancar a discussão sobre a natureza da presunção de violência e impor como absoluto o caráter de vulnerabilidade para prática de atos sexuais do menor de 14 anos. Destarte, menciona Bitencourt (2011, p. 95): “trata-se, inequivocamente, de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que se consagrou nos Tribunais sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado”. O autor faz, ainda, uma crítica a essa atitude do legislador:

Curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a

mesma presunção de violência, porém, disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei.

Diante de tantos debates, cabe, efim, definir o conceito de pessoa vulnerável. Para Francisco Dirceu Barros (2010, p.1), “o Direito Penal não pode conviver com conceitos abstratos, pois o mesmo não permite interpretação extensiva e nem o uso de analogia *in malam partem*. Portanto, o conceito de vulnerável deverá ser feito nos termos da lei, ou seja, bem objetivo”.

Dessarte, segundo Barros (2010, p. 1), o legislador criou dois conceitos para vulnerável:

Vulnerável para os fins de configuração do delito de estupro (art.217-A) será:

- a) O menor de 14(cartoze) anos.
- b) Toda pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Vulnerável para os fins de configuração do delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art.218-B do CP), será:

- a) Alguém menor de 18 (dezoito) anos;
- b) Alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou
- c) dificultar que a abandone.

4.2.1 Vulnerabilidade absoluta

Segundo os defensores da vulnerabilidade absoluta é inadmissível prova em contrário.

Tampouco admite-se qualquer forma de consentimento do menor de 14 anos, porquanto este é incapaz de consentir, sendo o seu eventual consentimento inválido.

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações, como por exemplo a exploração sexual de crianças. A situação era tão grave que foi criada uma Comissão Parlamentar de Inquérito em 2003, para investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes. Os relatos obtidos por meio desta comissão foram determinantes para

a propositura do projeto de lei 253/2004 que, após várias alterações, foi convertido na Lei 12.015/09.

Cleber Masson (2014, p.136), defensor da vulnerabilidade absoluta aduz que:

A vulnerabilidade tem natureza objetiva. A pessoa é ou não vulnerável, conforme reúna ou não as peculiaridades indicadas pelo caput ou pelo §1º do art.217-A do Código Penal. Com a entrada em vigor da Lei 12.015/09 não há mais espaço para a presunção de violência, absoluta ou relativa, na seara dos crimes sexuais.

(...)

O bem jurídico penalmente tutelado – dignidade sexual de pessoas vulneráveis – é indisponível, não se podendo falar em consentimento válido da vítima ou de seus representantes legais.

Para Rogério Greco o tipo penal não presume nada, apenas proíbe que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos e aqueles mencionados no §1º do art.217-A,CP. Ou seja, a idade da vítima é um critério objetivo. Mesmo que já prostituída, o fato deverá se amoldar ao tipo penal.

Para configurar o delito basta que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima. Todavia a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 anos.

Segundo Gentil (2012), o legislador esmerou-se para evitar a discussão sobre eventual relatividade de presunção de violência. A partir da interpretação literal da norma não é mesmo possível considerar a possibilidade de uma presunção de violência relativa, pois esta simplesmente desapareceu da lei. Assim, tendo como núcleo do tipo penal estupro de vulnerável o verbo ter ou praticar, é praticamente impossível afirmar que tais condutas admitem valoração da vontade do sujeito passivo.

Esta teoria é muito criticada, pois a presunção absoluta em matéria penal pode conduzir à responsabilidade objetiva, vedada pela Constituição Federal.

Para corroborar a defesa em prol da vulnerabilidade absoluta tem-se os seguinte julgado:

O agente levou a vítima (menina de 12 anos de idade) para o quarto, despiu-se e, enquanto retirava as roupas da adolescente, passou as mãos em seu corpo. Ato contínuo, deitou-se na cama, momento em que a garota vestiu-se rapidamente e fugiu do local. O crime se consumou. Assim, se o réu praticou esse fato antes da Lei 12.015/2015, responderá por atentado violento ao pudor com violência presumida (art. 214 c/c art. 224, “a” do CP)

ou, se depois da Lei, por estupro de vulnerável (art. 217-A), ambos na modalidade CONSUMADO. Para que o crime seja considerado consumado, não é indispensável que o ato libidinoso praticado seja invasivo (introdução do membro viril nas cavidades da vítima). Logo, toques íntimos podem servir para consumir o delito. STJ. 6ª Turma. REsp 1.309.394-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 3/2/2015 (Info 555).

A consumação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) dá-se não apenas quando há conjunção carnal, mas sim todas as vezes em que houver a prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos. No caso, o agente deitou-se por cima da vítima com o membro viril à mostra, após retirar-lhe as calças, o que, de per si, configura ato libidinoso para a consumação do delito de estupro de vulnerável. O STJ entende que é inadmissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta. STJ. 6ª Turma. REsp 1.353.575-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 5/12/2013 (Info 533).

4.2.2 Vulnerabilidade relativa

A teoria relativa preconiza que a vulnerabilidade é relativa, de natureza *juris tantum*, admite prova em contrário

Como defensores da vulnerabilidade relativa temos consagrados autores como Bitencourt (2011, p. 95): “Essa presunção implícita, inconfessadamente utilizada pelo legislador, não afasta aquela discussão sobre a sua relatividade, naquela linha de que o rótulo não altera a substância.” No mesmo sentido, Nucci (2012, p. 99): “A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.”

De acordo com os ensinamentos de Guilherme Nucci (2009, p. 81):

[...] o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.

Bitencourt (2012, p.229), aduz que: “A presunção de vulnerabilidade consagrada no novo texto legal a despeito da dissimulação do legislador, é relativa, recomendando avaliação casusticamente”.

Conforme Vanessa Farias (2014), a relatividade da vulnerabilidade justifica-se pela necessidade de se adequar o rigor formal da legislação às mudanças sociais quanto ao tema sexualidade, preconizar maior ou menor discernimento ou experiência da vítima no âmbito sexual. Pois diante das modificações nos padrões sexuais comportamentais dos adolescentes, da maturidade precoce, não seria justo e possível negar ao adolescente que já possui consciência ética do ato sexual e de suas consequências o direito de exercer sua sexualidade, sob pena de ofensa ao direito de livre determinação sexual.

Assim, Vanessa Farias (2014) aduz que, afastar-se-ia o crime quando a vítima menor de quatorze anos já se mostra experiente para assuntos sexuais ou praticou o ato outorgando seu consentimento em contexto de relação de afeto.

Além disso, se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) afirma em seu texto ser o adolescente a pessoa com doze anos ou mais de idade, e que ao mesmo se pode atribuir responsabilidade pela prática do ato infracional e ser aplicada medida sócio-educativa, é porque entendeu o legislador do ECA que essa mesma pessoa é capaz de discernir acerca da ilicitude de sua conduta.

O legislador do CP caminhou em descompasso com as normas do ECA, pois quem ao menos tem capacidade para entender a ilicitude de sua conduta infracional pode ser capaz de consentir para a prática de atos sexuais. Por isso, é imprescindível avaliar as circunstâncias fáticas caso a caso.

Para corroborar a defesa em prol da relativização da presunção de vulnerabilidade tem-se os seguintes julgados:

TJSC: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A)- SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO. PLEITO DE ANULAÇÃO DO PROCESSO - INEXISTÊNCIA DE DEFESA QUE NÃO SE CONFUNDE COM AQUELA DITA DEFICIENTE - NULIDADE RELATIVA - EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - SÚMULA N. 523 DO STF - PREFACIAL REJEITADA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E VULNERABILIDADE - CRITÉRIOS QUE DEVEM SER RELATIVIZADOS PERANTE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - VÍTIMA QUE TINHA 13 ANOS DE IDADE E NAMORAVA O ACUSADO - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO - PRECEDENTES DESTA CORTE ESTADUAL - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A vulnerabilidade do adolescente com idade entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos, embora se presuma, deve ser tratada como questão de fato, passível, portanto, de afastamento se as circunstâncias do caso concreto permitirem atestar, com a devida segurança, que a dignidade sexual do menor não foi comprometida dada a inexistência de fragilidade para os assuntos concernentes a sua intimidade.

(TJ-SC - APR: 20130669347 SC 2013.066934-7 (Acórdão), Relator: Getúlio Corrêa, Data de Julgamento: 23/06/2014, Segunda Câmara Criminal Julgado)

TJPE: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 217-A, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO NO SENTIDO DE ABSOLVER O APELANTE. 1. Tendo ficado assegurado o direito de defesa do apelante com a nomeação de advogado ad hoc para atuar na audiência de instrução, e verificada a ausência de prejuízo para a defesa, não há que se falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa. 2. Constatado que o ato sexual narrado na denúncia se deu com o consentimento da vítima, que estava prestes a completar 14 (catorze) anos de idade e mantinha um relacionamento amoroso com o recorrente, e levando-se em consideração, ainda, o fato de que a vítima exibia comportamento compatível com idade superior à que apresentava, é de ser relativizado o conceito de vulnerabilidade trazido pelo tipo do art. 217-A do CP, devendo ser absolvido o apelante. 3. Apelo provido. Decisão unânime. (TJ-PE - APL: 2796265 PE , Relator: Roberto Ferreira Lins, Data de Julgamento: 03/09/2013, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/10/2013)

TJSP: “Vítimas que contam 13 anos de idade. Vulnerabilidade relativa. Vítimas prostituídas. Inexistência de violência presumida. Apelo Ministerial. Art. 244-A do ECA. Condenação. Impossibilidade. Réu que não submeteu as vítimas a exploração sexual. Manter relação sexual não é explorar” (AP.3000082-93.2009.8.26.0024 – SP, 16.ª C.D.C., rel. Souza Nucci, 25.10.2011).

4.3 CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/09, a doutrina dominante emprestava um valor relativo, e não absoluto, à presunção. Era posição de Delmanto, Hungria, Noronha, Damásio, Mirabete, Paulo José da Costa Jr., Bitencourt, Fragoso, Alberto Silva Franco, Regis Prado, Pierangeli, Marcio Bartoli, entre outros.

Compondo a corrente minoritária, Rogério Greco defendia que a natureza da presunção de violência era absoluta, *iuris et de iure*, “pois que não existe dado mais objetivo que a idade, apontada como elemento integrante do tipo”.

O mesmo autor ainda argumentava que:

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa venia*,

que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado. Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento

Com o advento da Lei nº 12.015/09 parte da doutrina acreditava que estaria encerrada a discussão e caracterizado o crime de estupro de vulnerável, bastaria a vítima ter idade inferior a 14 anos, sem importar as circunstâncias do caso concreto. Neste sentido, Greco afirma:

Hoje, com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos (pelo menos é o que se espera).

De acordo com o entendimento que hoje predomina no STF e no STJ, a vulnerabilidade é de natureza absoluta, independentemente de qualquer consideração acerca da conduta da vítima.

Segundo Ana Beatriz Passos (2012, p.68), para a maioria dos ministros, exceção feita a Marco Aurélio, qualquer relação sexual praticada contra menor de 14 anos deve ser considerada como resultante de violência.

Dessarte, a experiência sexual anterior, tal como a concordância do menor de 14 anos na prática da relação também são irrelevantes para a maioria dos ministros, pois o Código o protege em razão de sua incapacidade de discernir. Predomina no Supremo a visão de que ou o consentimento do menor é inexistente, pois alguém dessa idade não dispõe de maturidade para tanto, ou, se existente, é inválido. Nem mesmo o consentimento dos pais da ofendida com o relacionamento da filha se mostrou capaz de excluir a responsabilidade do agente.

Observa-se, portanto alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) com entendimento predominante:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR N. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O posicionamento exarado pelo Tribunal de origem encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte Superior, que, no julgamento do EREsp 1.152.864/SC, pela Terceira Seção, pacificou o entendimento no sentido de que a presunção de violência em casos de estupro cuja vítima é menor de 14 (quatorze) anos é absoluta. Agravo regimental desprovido. (STJ, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 05/06/2014, T6 - SEXTA TURMA)

STJ: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DEVULNERÁVEL. PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO CONTRA MENOR. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. NATUREZA ABSOLUTA. ART. 217-A DO CP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. Jurisprudência do STJ. 2. Agravo regimental improvido. (STJ: AgRg no REsp 1244672 MG 2011/0047026-8)

STJ: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGATIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há falar em violação do princípio da colegialidade, uma vez que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no caput do artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso quando manifestamente improcedente ou em confronto com jurisprudência dominante deste Tribunal Superior.

2. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 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 se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ: AgRg no REsp 1435416 SC 2014/0036126-3)

Ementa: RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO.

CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. 2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes. 3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu. 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisorio condenatório de primeiro grau, nos termos do voto. (STJ: REsp 1371163 DF 2013/0079677-4)

De qualquer sorte, e em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dezoito anos (HC 109.206, voto do ministro Luiz Fux).

No sentido de que a Lei nº 12.015/09 consolidou o entendimento já construído pelo Supremo Tribunal Federal, o ministro Eros Grau aduz:

A figura da violência presumida foi eliminada pela Lei 12.015/2009. Assim, a simples conjunção carnal com menor de quatorze anos é suficiente à configuração do crime de estupro. Não há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência desta Corte (HC 101.456, voto do ministro Eros Grau).

Contestando, Francisco Dirceu Barros (2010, p.1) dispõe que:

Direito penal da culpa é inconciliável com presunções absolutas. Portanto, a vulnerabilidade é relativa, porque, na época atual, estaríamos hipocritamente abstraindo a moderna realidade ao negarmos, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 anos seja absolutamente vulnerável e não tenha, repito, de forma absoluta, a mínima ideia do que seja uma relação sexual.

(...)

O que estou defendendo é uma questão jurídica, pois, ao meu sentir, caso a punição advenha apenas do contato sexual com a pessoa vulnerável, estaríamos consagrando em nosso direito a temerária responsabilidade objetiva, em que o agente ativo responde pelo delito independentemente de ter agido com dolo ou culpa. No nosso Direito Penal moderno a responsabilidade é subjetiva, dolo e culpa devem ser provados, sendo totalmente inadmissível a presunção de culpabilidade.

Embora nos tribunais superiores o entedimento de que a vulnerabilidade é absoluta, já esteja pacificado, nos tribunais pátrios, a controvérsia sobre a vulnerabilidade da vítima permanece, havendo, excepcionalmente, a absolvição do acusado. Como por exemplo:

TJRS: EMBARGOS INFRINGENTES. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que contava com 13 anos à data do fato e, desde o início, deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à prática do fato descrito na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somadas à manutenção de relacionamento entre réu e vítima durante toda a instrução do feito, não conduzem a conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, a absolvição, portanto, é medida que se impõe. **EMBARGOS ACOLHIDOS.** (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70057504359, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 28/03/2014)

TJRS: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROVA DA AUTORIA. Restou demonstrado nos autos a autoria, o que veio conformado pela palavra do adolescente e da vítima. No entanto, esta afirmou, em todas as vezes em que veio aos autos, que consentiu e que procurou o adolescente, à época ex-namorado de sua amiga. Assim, não tendo se evidenciado qualquer ato de violência perpetrado pelo adolescente para a prática do ato sexual com a vítima, não cabe responsabilizá-lo. **NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.** (Apelação Cível Nº 70058993999, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/06/2014)

TJSP: Apelação. Estupro de vulnerável. Absolvição. Necessidade. Vítima que contava com 13 anos de idade. Vulnerabilidade relativa. Vítima já iniciada na vida sexual, mantendo relações com diversos parceiros, inclusive com recebimento de dinheiro. Apelo provido. (TJ-SP - APL: 00042066420118260554 SP 0004206-64.2011.8.26.0554, Relator: Souza Nucci, Data de Julgamento: 21/10/2013, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 22/11/2013)

TJSC: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ÂMBITO DOMÉSTICO (CP, ARTS. 217-A E 226, II, C/C LEI 11.340/2006). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTROVERSAS. DISCUSSÃO ACERCA DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO MENOR DE CATORZE ANOS. ADVENTO DA LEI 12.015/2009. SUPERAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE PRESUNÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA DE VULNERABILIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA CONSTITUI INDIFERENTE PENAL. TIO DA OFENDIDA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA REFORMADA. - O tio que pratica conjunção carnal e atos libidinosos com a sobrinha, menor de catorze anos, ciente da sua idade, comete o crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, c/c

art. 226, II, ambos do Código Penal, ainda que a vítima não seja mais virgem e tenha consentido com a relação sexual. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento do recurso. - Recurso conhecido e provido. (TJ-SC - APR: 20130450504 SC 2013.045050-4 (Acórdão), Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 26/08/2013, Primeira Câmara Criminal Julgado, Data de Publicação: 11/09/2013).

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A)- SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO. PLEITO DE ANULAÇÃO DO PROCESSO - INEXISTÊNCIA DE DEFESA QUE NÃO SE CONFUNDE COM AQUELA DITA DEFICIENTE - NULIDADE RELATIVA - EFETIVO PREJÚZO NÃO DEMONSTRADO - SÚMULA N. 523 DO STF - PREFACIAL REJEITADA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E VULNERABILIDADE - CRITÉRIOS QUE DEVEM SER RELATIVIZADOS PERANTE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - VÍTIMA QUE TINHA 13 ANOS DE IDADE E NAMORAVA O ACUSADO - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO - PRECEDENTES DESTA CORTE ESTADUAL - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A vulnerabilidade do adolescente com idade entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos, embora se presuma, deve ser tratada como questão de fato, passível, portanto, de afastamento se as circunstâncias do caso concreto permitirem atestar, com a devida segurança, que a dignidade sexual do menor não foi comprometida dada a inexistência de fragilidade para os assuntos concernentes a sua intimidade. (TJ-SC - APR: 20130669347 SC 2013.066934-7 (Acórdão), Relator: Getúlio Corrêa, Data de Julgamento: 23/06/2014, Segunda Câmara Criminal Julgado)

Vanessa Farias (2012) cita que, recente pesquisa realizada pelo G1 sobre a atuação do Poder Judiciário no que tange ao crime de estupro de vulneráveis, mesmo após a Lei 12.015/09 os tribunais têm absolvido os réus em caso de consentimento da vítima:

De um total de 46 acórdãos referentes a fatos ocorridos após a nova lei, houve absolvição de 8 réus sob o fundamento do consentimento das vítimas, que possuíam, à época, idade entre 12 e 13 anos. Em um desses precedentes, o acusado e a vítima mantinham relacionamento de namoro consentido pela própria família da vítima.

Juliana Guimarães (2013) entende que a liberdade sexual é limitada quando os aspectos sociais não permitirem que o vulnerável tenha autodeterminação. Esta é muito subjetiva, não pode a lei generalizar a ponto de criar problemas como a possibilidade de punição de dois menores de 14 anos que praticam juntos atos sexuais, sendo tal conduta normal para ambos e a sociedade.

Para os defensores da vulnerabilidade relativa, é imprescindível observar que o contexto social é uma fonte relevante da qual se vale o intérprete. Interpretar é

desvendar o sentido e o alcance da norma, buscar o significado dos preceitos jurídicos, dar sentido adequado para a vida real.

Assim, respeitando o princípio da adequação social, se a realidade é variável, algumas condutas consideradas típicas podem ser toleradas e adequadas socialmente. Isto mostra que a lei e o Direito não evoluem com a mesma rapidez que a sociedade e suas relações.

Ou seja, para os defensores desta corrente, o mais coerente seria observar como o meio social pode interferir na autodeterminação sexual de um vulnerável podendo suas condutas sexuais serem normais e aceitas por sua comunidade.

Passos (2012) defende a vulnerabilidade relativa argumentando que, caso a vulnerabilidade seja absoluta, a conduta do agente não poderá ser discutida se dolosa ou culposa. Tampouco produzir provas em contrário, fato que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Neste sentido também seria adequado observar os princípios da paternidade responsável e da harmonia familiar, pois no caso de uma adolescente de 13 anos grávida, o suposto pai jamais cumpriria com suas obrigações paternas, sabendo que poderia ser condenado a pena de reclusão.

Entretanto para os defensores da vulnerabilidade absoluta, o conceito de vulnerabilidade é objetivo, não há margem para outras interpretações, pois inexistido mais objetivo que a idade, apontada como elemento integrante do tipo.

Depreende-se que os adolescentes hodiernos são bem diferentes dos jovens de quarenta anos atrás, todavia o comportamento sexual de um indivíduo depende não só da etapa de desenvolvimento em que se encontra, como do contexto familiar e social em que vive. Na atualidade, a sociedade tem fornecido mensagens ambíguas aos jovens, deixando dúvidas em relação à época mais adequada para o início das relações sexuais. Ao mesmo tempo em que a atividade sexual na adolescência já é vista como um fato natural, largamente divulgado pela mídia, que estimula a aceitação social da gravidez fora do casamento, ainda se vêem a condenação moral e religiosa ao sexo antes do matrimônio e atitudes machistas rejeitando as mulheres não “virgens”. Este contexto dificulta o relacionamento entre as moças, de quem são cobradas atitudes castas, e os

rapazes, que têm de provar sua masculinidade precocemente, com o início muitas vezes prematuro da atividade sexual, por pressão social. Outro aspecto importante é a defasagem existente entre a maturidade biológica, alcançada mais cedo, e a maturidade psicológica e social que cada vez mais tarde se torna completa. Perante este quadro os jovens se encontram perdidos, sem um parâmetro social claro de comportamento sexual e com uma urgência biológica a ser satisfeita em idade precoce.

Além disso, diante dos inúmeros casos de violência sexual e exploração sexual contra crianças e adolescentes, o legislador em respeito ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto no art.227 da Constituição Federal, modificou a legislação e introduziu o conceito de vulnerável.

Portanto, a partir da interpretação literal da norma, é impossível considerar a possibilidade de uma presunção de violência relativa, porque a presunção de violência foi extinta da lei, assim como a eventual flexibilização que alguns davam ao verbo *constranger*, núcleo do tipo legal do estupro, não mais é viável porque o núcleo do tipo no estupro de vulnerável é ter ou praticar. Mesmo que se faça uma interpretação sistemática, é inadmissível concluir que ter ou praticar são condutas que admitem alguma valoração da vontade do sujeito passivo quanto ao resultado da conduta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência sexual contra crianças e adolescentes é tão antiga, quanto a história da humanidade e sempre foi um tabu, em que vigorava a lei do silêncio, ao invés da exposição e do enfrentamento. Hoje, devido à conscientização da sociedade, diariamente, surgem novas denúncias de violência contra infantes, revelando a gravidade e quão dispersa é essa problemática, todavia, sabe-se que o número de casos que vêm à tona trata-se apenas da ponta de um “iceberg”.

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações, como por exemplo a exploração sexual de crianças. A situação era tão grave que em 2003 foi criada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPMI) para investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescente, culminando por resultar na Lei 12.015\09.

Com o advento desta lei o Título VI do Código Penal passou a tutelar a dignidade sexual. Houve a união dos crimes de estupro (art.213, CP) e o atentado violento ao pudor (art.214,CP) em uma única figura denominada “estupro”, incluindo o homem no rol de sujeito passivo. E a introdução do art. 217-A que trata do crime de estupro de vulnerável.

Antes da Lei nº 12.015\09 o ato sexual com pessoa vulnerável era configurado, a depender do caso, como estupro (art.213) ou atentado violento ao pudor (art.214), a violência era presumida (art.224), e de forma absoluta, conforme a maioria da doutrina. Com a nova lei o art.224 foi revogado, subsumindo-se a conduta ao disposto no art.217-A do CP. Este delito está definido como crime hediondo.

O sujeito passivo só pode ser pessoa menor de 14 anos, portadora de enfermidade, deficiência mental ou incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer resistência, não importando se a incapacidade foi ou não provocada pelo autor.

O verbo típico do crime de estupro de vulnerável é “ter” e “praticar”, bastando ter a conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com o menor de 14 anos para configurar o delito. Não há ideia de constrangimento.

A qualidade da vítima deve ser, quando não espetacular, pelo menos aparente, reconhecível por qualquer leigo em psiquiatria. O erro que induz o sujeito ativo a desconhecer a vulnerabilidade da vítima o isenta de pena, excluindo o crime.

Esta alteração legislativa trouxe a figura do vulnerável, um conceito novo para o Direito Penal, e que é definido como toda criança ou adolescente menor de 14 anos, ou também qualquer pessoa incapacitada, física ou mentalmente, de resistir as condutas do agente criminoso.

Portanto, o legislador estabeleceu que as vítimas menores de 14 anos são vulneráveis em relação ao sujeito ativo, ou seja, a prática da conjunção carnal ou ato libidinoso, praticado contra menor de 14 anos configura crime de estupro, mesmo com o consentimento desta, pois, para aquele, esta permissão não tem força para afastar a conduta delituosa, tendo em vista tratar-se de pessoa imatura, de idade tenra, que não possui discernimento para consentir a prática do ato sexual e de suas consequências de forma plena, não importando se já possuía vida sexual ativa. Nem mesmo o relacionamento apoiado pelos pais da vítima exclui a responsabilidade do agente, pois o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual de pessoas vulneráveis, que é indisponível, não cabendo consentimento da vítima ou de seu representante legal.

Embora este seja o entendimento dos Tribunais Superiores e a interpretação literal da lei, é muito contestado pela doutrina majoritária.

Os defensores da vulnerabilidade relativa acreditam que os menores de 14 anos têm o discernimento necessário para usufruir do seu corpo, que limitar a liberdade sexual destes significa interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Além disso, há a necessidade de se adequar o rigor formal da legislação às mudanças sociais quanto ao tema sexualidade, preconizar maior ou menor discernimento ou experiência da vítima no âmbito sexual. Pois diante das modificações nos padrões sexuais comportamentais dos adolescentes, da maturidade precoce, não seria justo e possível negar ao adolescente que já possui consciência ética do ato sexual e de suas consequências o direito de exercer sua sexualidade, sob pena de ofensa ao direito de livre determinação sexual.

Ou seja, a vulnerabilidade precisa ser medida de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, o crime deve ser afastado quando a vítima menor de quatorze anos já tem experiências sexuais ou praticou o ato outorgando seu consentimento em contexto de relação de afeto.

Certamente pensava o legislador de 2009 que a nova redação e sua definição autônoma como crime de estupro de vulnerável, jogaria uma pá de cal sobre o assunto, que passaria a ser visto com a neutralidade de um texto legal. Todavia, é notável que esta tentativa não obteve o êxito pretendido, tendo em vista que a doutrina majoritária e parte da jurisprudência ainda admitem a relativização da vulnerabilidade.

Além disso, desmerecem que na atualidade, a sociedade tem fornecido mensagens ambíguas aos jovens, deixando dúvidas em relação à época mais adequada para o início das relações sexuais. Ao mesmo tempo em que a atividade sexual na adolescência já é vista como um fato natural, largamente divulgado pela mídia. E a defasagem existente entre a maturidade biológica, alcançada mais cedo, e a maturidade psicológica e social que cada vez mais tarde se torna completa. Perante este quadro os jovens se encontram perdidos, sem um parâmetro social claro de comportamento sexual e com uma urgência biológica a ser satisfeita em idade precoce.

Diante de todo este contexto, o que deve prevalecer é a finalidade maior do legislador, que foi impedir justamente a discussão sobre a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade do menor de quatorze anos, estabelecendo-a como absoluta, indo ao encontro do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto no art.227 da Constituição Federal, e do entendimento que já prevalecia nas Cortes Superiores. A idade de 14 anos é um dado objetivo estabelecido pela lei como uma garantia normativa de preservação da infância e da adolescência. Não há o que discutir em relação a isso a não ser que a sociedade mude o seu conceito.

Conclui-se, portanto, que no crime tipificado no art.217-A do Código Penal, há, sim ofensividade juridicamente relevante na relação sexual com menor de catorze anos pois há uma violência intrínseca na conduta, já que a vítima, possui o seu desenvolvimento mental ainda incompleto, tendo em vista que fatores biológicos

não podem ser supridos por experiências da vida promíscua; é uma forma de reconhecer que existe no fato uma presunção absoluta de violência. Ou seja, se a violência não é mais presumida por determinação expressa da norma, ela passa a compor a essência do elemento objetivo do tipo consistente na expressão menor de catorze anos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/vulnerabilidade-nos-novos-delitos-sexuais/5314>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - parte especial vol.4.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva 2014.

CARMO, Rui do; ALBERTO, Isabel; GUERRA, Paulo. **O abuso sexual de menores.** Coimbra: Almedina, 2006.

CASTRO, Leonardo. Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável. Disponível em: <<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

COHEN, C. **O incesto um desejo.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 1993.

CONDÉ, Teófilo Tavares Ducarmo. **Estupro de vulnerável: relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Unipac, Barbacena, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Curso de Direito Penal – Parte especial volume único.** Salvador: Juspodvim, 2012.

FARIA, Juliana Eunice Gambarra. **A lei nº 12.015/09 e o novo tipo penal estupro de vulnerável sob o enfoque da presunção de vulnerabilidade.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Unipê, João Pessoa, 2013.

FARIAS, Vanessa de Souza. **O crime de estupro de vulnerável e o direito à autodeterminação sexual do menor.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29641/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-o-direito-a-autodeterminacao-sexual-do-menor/1>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

FRANÇA, Genival Veloso. **Fundamentos da Medicina Legal.** Rio de Janeiro: Guanabara, 2005.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. **Estupro de vulnerável consentido: uma absolvição polêmica.** Disponível em:

<http://www.editoramagister.com/doutrina_22971822_ESTUPRO_DE_VULNERAVEL_CONSENTIDO_UMA_ABSOLVICA_O_POLEMICA.aspx> . Acesso em: 07/04/2015

GRAÇA, Camila Barroso. **Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos.** Disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902>. Acesso em: 20 fev.2014.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual.** Disponível em:

<<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

GUERREIRO, Carmen. **Depoimento sem dano.** Disponível em:

<<http://revistalingua.uol.com.br/textos/93/depoimento-sem-dano-292126-1.asp>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

JUSBRASIL. **Jurisprudências.** Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Estupro+de+Vulner%C3%A1vel&p=4>>. Acesso em: 09 jan.2015.

LEAL, Maria Lúcia Pinto. **A exploração sexual comercial de meninos, meninas e adolescentes na América Latina e Caribe.** Disponível em:

<<http://www.comitenacional.org.br/files/biblioteca/88NURRB8AOESKV83TFUN.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da criança e do adolescente.** São Paulo: Rideel, 2010.

G1PARAIBA. **Creas registram 452 casos de abuso e exploração sexual na Paraíba.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2013/11/casos-de-negligencia-atendidos-pelos-creas-da-pb-aumentam-40.html>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. **Absoluta ou relativa: como o STF interpreta a presunção de violência.** Monografia apresentada à Escola de Formação da

Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/209_Ana%20Beatriz%20Passos%20-%20Versao%20Final%2018%2007%2013.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2014.

PLANALTO. **Código Penal Brasileiro.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

LABADESSA, Vanessa Milani; ONOFRE, Mariangela Aloise. **Abuso Sexual Infantil: Breve Histórico e Perspectivas na Defesa dos Direitos Humanos.** Disponível em:

<<http://www.olharcientifico.kinghost.net/index.php/olhar/article/viewFile/4/8>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

MARTINELLI, João Paulo. **Relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável**. Disponível em: <<http://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/121938067/relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-no-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado - Parte especial vol.3** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Crimes contra a dignidade sexual comentários à Lei 12.015, 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Júlia Arruda et al. **O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com/doutrina/texto.asp?id=13908>>. Acesso em: 13 fev. 2010.

RODRIGUES, Sayonarah Gonçalves. **Inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais através do método depoimento sem dano**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Unipê, João Pessoa, 2012.

SANDERSON, Christiane. **Abuso sexual de crianças**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, 23. ed. São Paulo: Forense, 2003.

TRINDADE, Jorge. BREIER, Ricardo. **Pedofilia – aspectos psicológicos e penais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

UNICEF. **Manual sobre o protocolo facultativo relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil e pornografia infantil**. Disponível em: http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/optional_protocol_por.pdf. Acesso em 31 out. 2014.

VADE MECUM. São Paulo: Rideel, 2014.

VERARDO, Maria Tereza. **Sexualidade violentada: as marcas de uma tentativa de destruição**. São Paulo: O nome da Rosa, 2000.