

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**WALKÍRIA OLIVEIRA CASTANHEIRA**

**VULNERABILIDADE EM RAZÃO DA IDADE NOS CRIMES SEXUAIS:  
ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E  
PROCESSUAIS**

MARÍLIA  
2012

WALKÍRIA OLIVEIRA CASTANHEIRA

VULNERABILIDADE EM RAZÃO DA IDADE NOS CRIMES SEXUAIS:  
ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E  
PROCESSUAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado, tendo como linha de pesquisa a Crítica aos Fundamentos da Dogmática jurídica.

Orientador:  
Prof. Dr. JAIRO JOSÉ GÊNOVA

MARÍLIA  
2012

CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira.

Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais / Walkíria Oliveira Castanheira; orientador: Jairo José Gênova. Marília, SP: [s.n.], 2012.  
152 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2012.

1. Direito e Processo Penal 2. Princípios Constitucionais 3. Crimes Sexuais 4. Vulnerabilidade 5. Presunção Relativa.

CDD: 341.55512

WALKÍRIA OLIVEIRA CASTANHEIRA

VULNERABILIDADE EM RAZÃO DA IDADE NOS CRIMES SEXUAIS:  
ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E  
PROCESSUAIS

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: 9,0

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Jairo José Gênova

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Valter Foletto Santin

Marília, 25 de Maio de 2012.

A Deus por ter me dado essa oportunidade única e por ter me guiado nas estradas que percorri ao longo desse sonho.

Aos meus queridos pais que sempre me incentivaram a buscar conhecimento e nunca deixaram que eu desistisse de alcançar meus objetivos.

Ao meu marido Sérgio, minha admiração e gratidão pelo apoio incondicional durante mais essa etapa de nossas vidas.

A minha linda filha Alice, peço perdão pelos momentos em que estive ausente, porém você é a principal razão de mais esta vitória, por você tudo faz sentido.

A minha eterna professora Maria Clara, pelo apoio intelectual, não medindo esforços para me ajudar com as regras do nosso idioma, meu muito obrigada.

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Dr. **Jairo José Gênova**, pela sabedoria,  
pelos ensinamentos, paciência e humanismo.

**A todos os professores do curso de mestrado** pelos ensinamentos que foram  
essenciais para formação da classe.

**Ao Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM**, por meio do  
coordenador do mestrado, **Professor Dr. Lafayette Pozzoli**, por nos dar a  
oportunidade de estudarmos em uma escola com verdadeiros doutores.

**Ao Centro Universitário de Lavras - UNILAVRAS**, pela **Magnífica Reitora**  
**Dra. Professora Cristiane Amaral Lunkes Argenta**, pelo apoio financeiro e  
pelo apoio incondicional nas horas que precisei.

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

(Bandeira de Mello – Jurista Brasileiro)

“Nenhuma lei deve ser obedecida se for injusta,  
nenhuma regra deve ser obedecida se desprezar a virtude,  
nenhum regime político deve ser obedecido se for tirânico e assassino.”

(Sócrates)

CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais**: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais. 2012. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2012.

## RESUMO

Sob o manto dos princípios constitucionais, este estudo teve como objetivo fazer uma análise crítica das mudanças do Código Penal feitas pela Lei n. 12.015/2009, especialmente com a criação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A) quando a vítima está em uma das situações do antigo artigo 224 do mesmo código. A polêmica que existia sobre a relatividade ou não da presunção de violência, continua a existir com a atual vulnerabilidade. O dinamismo e a versatilidade do contexto social e as decorrentes mudanças para a busca da harmonia e da paz social que somente o Estado pode oferecer, exige que um novo direito seja manifestado, constantemente, ficando submetido aos ditames da legislação e do ordenamento jurídico. Entretanto, cada nova legislação que surge é passível de discussões no âmbito da doutrina e jurisprudência para que, de acordo com as novas demandas sociais, possa responder aos anseios e às necessidades sociais. A metodologia escolhida foi de caráter bibliográfico e desenvolveu-se com o seguinte traçado metodológico em unidades interdependentes: princípios constitucionais penais e processuais penais; da tutela dos infantes e dos adolescentes; da extinta denominação “crimes contra os costumes”; da vulnerabilidade com o advento da Lei n. 12.015/2009 para explicitar e complementar a temática em tela. Ao final da análise, conclui-se que a mudança ocorrida com o advento da referida lei, no que se refere ao caráter absoluto da presunção de vulnerabilidade, violou normas constitucionais, afrontando principalmente o princípio do contraditório, ampla defesa e inocência, bem como consagrou a responsabilidade objetiva. O presente trabalho encontra-se adequado com a linha de pesquisa críticas aos fundamentos da dogmática jurídica.

**Palavras-chave:** Direito e Processo Penal; Princípios Constitucionais; Crimes Sexuais; Vulnerabilidade; Presunção Relativa.

CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerability on Grounds of the Age in Sexual Crimes**: Analysis in light of Constitucional Principles of the Criminal Procedure and Criminal. 2012. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2012.

#### ABSTRACT

Under the mantle of the constitutional principles this study aimed to make a critical analysis of the changes of the Penal Code made by the Law 12.015/09 especially with the creation of the crime of rape of vulnerable (art.217-A) when the victim is in one of the conditions of the old article 224 of the same code. The controversy that existed about the relativity or not of presumption of violence, continues to exist with the current vulnerability. Dynamism and versatility of the social context and the resulting changes for the search for harmony and social peace that only the state can offer, requires that a new right is constantly manifested so being subjected to the dictates of Law and the legal system. However, each new law that arises is subject to discussions under the doctrine and jurisprudence, so according to the new social demands it can respond to the aspirations and the social needs. The chosen methodology was of bibliographical character and developed itself with the following methodological track in interdependent units: Criminal constitutional principles and criminal process; the tutelage of infants and adolescents; the extinct title ‘crimes against customs’; the vulnerability with the advent of the Law 12.015/2009 to clarify and supplement the topic in discussion. At the end of the analysis, it was concluded that the change that occurred with the advent of that law regarding the absolute nature of the presumption of vulnerability, violated constitutional standards, confronting mainly the principle of contradictory, full defense and innocence as well as consecrated the strict liability. The present work is suitable with the line of research: criticism of the foundations of legal dogmatics.

**Keywords:** Law and Criminal Procedure. Constitutional Principles. Sexual Crimes. Vulnerability. Relative Presumption.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

UNESCO: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Síntese dos direitos da criança e do adolescente e das principais violações ..... 67

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13	
CAPÍTULO 1 - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS E PROCESSUAIS		
PENAIIS .....	18	
1.1 Dignidade humana.....	22	
1.1.1 Aspectos históricos da dignidade da pessoa humana e as Constituições democráticas ..	23	
1.1.2 Dignidade sexual e liberdade sexual .....	26	
1.2 Princípio da igualdade .....	30	
1.3 Princípio da inocência ou da não culpabilidade .....	33	
1.4 Princípio da culpabilidade .....	36	
1.5 Princípio da proporcionalidade.....	40	
1.6 Princípio da adequação social .....	42	
1.7 Princípio do contraditório e ampla defesa .....	44	
1.7.1 Das provas frente aos princípios do contraditório e da ampla defesa .....	47	
CAPÍTULO 2 – DA TUTELA DOS INFANTES E DOS ADOLESCENTES .....		52
2.1 Dos direitos humanos da criança e do adolescente.....	52	
2.1.1 Aspecto histórico .....	53	
2.1.2 A proteção no Brasil.....	58	
2.1.2.1 A Constituição Federal de 1988 .....	60	
2.1.2.2 O Código de menores .....	63	
2.1.2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente .....	65	
CAPÍTULO 3 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA .....		73
3.1 Da evolução da presunção de violência nos códigos de 1830 a 1940 .....	74	
3.1.1 Da violência presumida no Código Penal de 1940 e a vigência da lei n. 12.015/2009...	77	
3.1.2 Da natureza absoluta e relativa da presunção de violência .....	83	
3.1.3 Da terminologia “violência” e seus aspectos legais nos crimes sexuais .....	89	
3.2 Do discernimento e consentimento (in)válido nos crimes sexuais.....	92	
3.2.1 Da jurisprudência sobre violência presumida.....	95	
CAPÍTULO 4 – DA VULNERABILIDADE COM O ADVENTO DA LEI N. 12.015/2009		
.....	102	
4.1 Vulnerabilidade: conceituação .....	102	
4.2 A comissão parlamentar mista de inquérito e a vulnerabilidade.....	103	
4.2.1 Da parafilia do autor do crime e da prostituição infantil.....	113	
4.3 Análise interpretativa do artigo 217-A .....	116	
4.3.1 Da natureza absoluta do estupro de vulnerável .....	126	
4.4 O consentimento da vítima como causa supralegal de excludente de ilicitude.....	128	
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	133	
REFERÊNCIAS .....	137	
ANEXOS .....	150	

## INTRODUÇÃO

A meta do direito é estar ao dispor do cidadão para que o judiciário possa dirimir os conflitos sociais e promover a paz e o equilíbrio na sociedade. As mudanças e alterações neste contexto dinâmico fazem surgir uma legislação positivada condizente com o momento cultural em que vive e convive o cidadão com seus semelhantes.

Assim, à medida que evoluem as sociedades, há necessidade de um novo direito a ser manifestado, constantemente, ficando submetido às conseqüências disciplinadoras, reparatórias ou repressivas do ordenamento jurídico.

É nesse contexto que surge, mais uma vez, a necessidade de mudanças no Código Penal brasileiro para que o Estado possa, através de novas redações legais mais esclarecedoras e atualizadas, elaboradas no âmbito do legislativo, realmente atender às necessidades sociais que vão se tornando cada vez mais complexas e carentes de proteção e prevenção da criminalidade e segurança para uma população que somente o Estado pode oferecer.

A partir do momento em que foi instituído o Estado, as sociedades modernas deixaram de praticar a autotutela e a ele delegaram o poder de dirimir os conflitos sociais para promover a paz entre os homens.

O surgimento da prática da justiça pelo Estado-Juiz tornou-se a mola propulsora da pacificação social, pois uma tutela adequada dos direitos iguais garantidos a todos os envolvidos num certo processo é que traz a certeza da busca da justiça e conseqüentemente o seu encontro.

Não se pode deixar de ressaltar que o homem é, por natureza, um ser social e nas várias relações humanas que se entrelaçam, muitas vezes, surgem conflitos que precisam ser resolvidos e, assim, tanto os indivíduos como a sociedade esperam a solução desses conflitos, a punição de culpados, a disciplina e o respeito do direito de cada um para trazer a paz entre as pessoas a fim de que possam viver em perfeita harmonia.

É no encontro do direito material com o direito processual que se busca a justiça, onde um mostra o caminho a ser trilhado e o outro o trilha, buscando o melhor possível não se afastar da verdade real, pois na atual concepção publicista do processo não mais se admite um órgão jurisdicional distante da demanda social, preocupado apenas com a letra fria da lei. Sua autonomia é reconhecida como ramo do Direito Público que em razão da finalidade sócio - política da função jurisdicional, dá ao juiz, em especial, no processo criminal, o direito de exercer o *jus puniendi* estatal somente contra aquele que efetivamente praticou a infração penal, nos limites de sua culpa.

Tem-se aí, o respeito a um grande princípio que norteia o processo criminal que é o princípio da culpabilidade, que além de outros princípios de igual importância, a serem tratados neste estudo, é um dos fundamentos para a vinculação do processo à Constituição Federal de 1988, fruto de centenárias lutas para se instituir no país o Estado Democrático de Direito que vai, aos poucos, se consolidando, e tentando afastar os retrocessos e os resquícios de um passado de exclusões sociais de inúmeros segmentos menos privilegiados da população brasileira.

Entende-se que coadunar processo com princípios constitucionais é o ideal porque também ao magistrado cabe o papel de verificar a violação dos princípios, pois quanto maior a liberdade do Estado em agir na aplicação da lei, maior será a possibilidade de incidências e abusos, mas também de mais obediências aos princípios.

Assim, o processo não pode ser somente um simples instrumento de justiça para transformar-se em instrumento de garantia de liberdade.

E acrescenta-se que os princípios a serem observados apresentam semelhante importância dada à lei material, uma vez que essa mostra somente o caminho, mas não os meios de concretizar os ideais da justiça, comprovadas pelas inúmeras falhas que se iniciam no legislativo e, em muitos casos, permeiam o judiciário desaguando na sociedade.

Como sinalizador da importância dada ao indivíduo, o legislador colocou, logo no primeiro artigo da Constituição Federal, os princípios mais fundamentais ao ser humano, pois tais princípios são o alicerce do direito, o esqueleto do arcabouço jurídico, e é por eles que desenvolvemos técnicas de criação e de hermenêutica das normas do direito.

O estudo presente irá questionar as mudanças na legislação penal com o advento da Lei n. 12.015 de 2009, que veio para atender os anseios sociais e o clamor social de uma proteção mais efetiva à pessoa vulnerável, menor de 14 anos (artigo 217-A), com ênfase no consentimento e discernimento, visando ainda a discussão da natureza absoluta ou relativa para um julgamento justo, este disponível a todos, sem nenhuma forma de discriminação, preconceito ou exclusão, pois esta é a dimensão maior que deve ser dada ao direito.

Assim, sob o manto dos princípios constitucionais, este estudo será desenvolvido com o objetivo de fazer uma análise crítica das mudanças do Código Penal com as repercussões no Título VI, denominado, anterior à Lei n. 12.015 de 2009 “Dos Crimes contra os Costumes”, para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” após esta lei, abrangendo o Capítulo II, anteriormente intitulado “Da Sedução e Corrupção de Menores”, alterado para “Estupro de Vulnerável”, também após a mencionada lei (artigo 217-A).

Nesta seara analítica, os objetivos específicos do estudo são:

A - Enfatizar alguns pontos consideráveis para a compreensão de vulnerabilidade face aos princípios constitucionais e processuais penais, além de quando necessário, buscar informações em outros ramos do conhecimento humano, como a filosofia, sociologia e psicologia para explicar as conseqüências da violação de princípios na vida do réu.

B - Analisar alguns aspectos da tutela dos infantes e adolescentes ao logo da história, com especial destaque para o Estatuto da Criança e do Adolescente.

C - Pontuar os aspectos relevantes dos crimes contra os costumes com evidência na moral da sociedade nos séculos passados da história brasileira.

D - Verificar em que circunstâncias ocorreram as mudanças propostas pela Lei n. 12.015/2009 e suas repercussões nos crimes contra o menor vulnerável, com análise do artigo 217-A em face dos princípios constitucionais.

Dentre os inúmeros assuntos estudados pelo profissional que atua na seara do Direito Penal e Processual Penal, tanto na docência quanto na prática advocatícia, o tema proposto neste estudo reveste-se de relevância no sentido de demonstrar que a atualização do conhecimento contribuirá para um exercício profissional dinâmico, eficiente e com grandes possibilidades de êxito na carreira profissional, além de ajudar com seu aprofundamento a sociedade a se tornar melhor, socialmente mais justa, equilibrada e pacífica.

Sabe-se que o Direito é um mecanismo institucional para ajustar as relações humanas com a finalidade de assegurar algumas metas sociais concretas.

Um dos propósitos do Direito é a preservação da paz e da ordem na sociedade, entretanto, para isto, é preciso preparar-se, pois vivemos na sociedade do conhecimento e é ele que tira o homem das trevas e lhe oferece condições de interpretar melhor sua existência nas relações interpessoais e, com os erros, procurar as repostas para o que seja certo e justo.

Os temas relacionados às mudanças ainda estão em fase de discussão na doutrina, porém não se podem ocultar as reais situações que o envolvem para se buscar soluções práticas e concretas através da conscientização de todos, que acima de qualquer legislação, sejam capazes de participar e colaborar para a resolução dos problemas que afligem aqueles que se preocupam em deixar o legado de um mundo melhor, centrado no respeito aos direitos fundamentais das comunidades e conseqüentemente na incidência deles na dignidade da pessoa humana, de sua evolução em todos os campos da cultura, da religião, da ciência e de todo o dinamismo que move a vida social e traz, a cada época, uma visão diferenciada de interpretar o homem e a vida.

Para concretizar este estudo foi escolhida como metodologia a pesquisa bibliográfica, dentro da linha de pesquisa crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, para recuperar o

conhecimento científico acumulado sobre o tema proposto, com objetivo exploratório utilizando as concepções de autores que o retratam em artigos, periódicos, livros, jornais, legislação, jurisprudência e doutrina multidisciplinar para o enriquecimento da exposição da temática, disponível na pesquisa tradicional e virtual tendo em vista as alterações advindas da Lei n. 12.015 de 2009.

Foi realizada uma abordagem qualitativa sem informações quantificáveis, mas que induzam a considerações sobre os aspectos relevantes da referida Lei e de suas repercussões constitucionais e processuais.

Os estudos de campo qualitativos não têm um significado preciso em quaisquer das áreas onde sejam utilizados. Para alguns, todos os estudos de campo são necessariamente qualitativos e identificam-se com a observação participante. Pode-se partir do princípio de que a pesquisa qualitativa é aquela que trabalha predominantemente com dados qualitativos, isto é, a informação coletada pelo pesquisador não é expressa em números, ou então os números e as conclusões neles baseadas representam um papel menor na análise.

A trajetória metodológica seguirá a seguinte disposição, com o desenvolvimento da análise dividido em quatro capítulos: o primeiro capítulo enfatizará alguns pontos consideráveis para a compreensão dos princípios constitucionais penais e processuais penais, além de, quando necessário, buscará informações em outros ramos do conhecimento humano como a filosofia, a sociologia e a psicologia para explicar as conseqüências da violação de princípios na vida do réu.

O segundo capítulo analisará alguns aspectos da tutela dos infantes e adolescentes ao longo da história, com especial destaque para o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O terceiro capítulo pontuará os aspectos relevantes do extinto título dos crimes contra os costumes com evidência na moral da sociedade nos séculos passados da história brasileira.

E, para finalizar o desenvolvimento do estudo, o quarto capítulo versará sobre as circunstâncias em que ocorreram as mudanças propostas pela Lei n. 12.015/2009 e suas repercussões nos crimes contra o menor vulnerável, com análise do artigo 217-A.

O tema em discussão não tem a meta de ser esgotado neste estudo por ser vasto e abrangente, mas sim trazer à luz da doutrina, jurisprudência e da legislação alguns conhecimentos sobre a importância das mudanças na lei penal e processual penal para que a tutela jurídica no Estado Democrático de Direito seja ampla e irrestrita, mas realizada com justiça mesmo diante dos clamores sociais que tanto sensibilizam os poderes constituídos para que, ao transformar a realidade social, o legislador privilegie, em primeiro lugar, o princípio

da dignidade da pessoa humana, seja ela vítima ou ré, pois este princípio é o cerne da Constituição da República de 1988.

## **CAPÍTULO 1 - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS**

Para que se aplique corretamente o Direito, o intérprete não pode eximir-se de consagrar em suas concepções a visão principiológica fundamentada na Constituição da República Federativa do Brasil. Os princípios que orientam a Carta política, arcabouço jurídico referencial do Estado Democrático de Direito, deve ser o ponto de partida do intérprete, seja no que concerne à legislação civil ou nas demandas previstas na legislação penal.

Princípio é um vocábulo com uma imensa variedade de significados. Pode-se dizer que os princípios de direito são normas de caráter geral que se constituem em diretrizes do ordenamento jurídico.

Todavia, é pertinente ao tema ressaltar que segundo Carraza (1996, p. 101):

Princípio é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Alexy (2001) criou uma teoria sobre direitos fundamentais, princípios e regras sem o intuito de homogeneizar cada ordem jurídica fundamental, mas descobrir as estruturas dogmáticas e com a finalidade de revelar princípios e valores que se escondem atrás das codificações e da jurisprudência, pois para ele, onde existem direitos fundamentais colocam-se problemas que se assemelham, citando como exemplo as diferenças estruturais entre os direitos sociais e os políticos.

Nessa linha de pensamento o autor faz as seguintes indagações: quem seria o titular dos direitos fundamentais? Poderiam ser restringidos? Qual deve ser a intensidade do controle da corte constitucional sobre o legislador?

Na procura de respostas para seus questionamentos, defende em sua teoria que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios, vindo nessa condição a se colidirem, tornando-se necessário contemplar a ponderação em favor de um deles.

Estabelece ainda em sua teoria, uma estreita relação entre princípios e regras ao ressaltar que ambos são fundamentos para os casos concretos, mas com aplicações distintas. Para o autor essa distinção está na concepção de que as regras são como normas, podendo ou não serem cumpridas, porém, os princípios como normas ordenam que se realize algo na

maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. É com esse entendimento, de colisões de direitos fundamentais com os princípios que reafirma as ponderações, que devem ser consideradas.

Cumprido ressaltar ainda, nesse entendimento, que o autor reafirma os princípios no âmbito do dever ser ideal, isto é, não determina como as coisas são, todavia, como devem ser pensadas para que se evitem contradições.

Não poderia ser mais claro o entendimento de que regras e princípios são normas, em razão de ambos dizerem o que *deve ser*.

Para Moraes (2003) os princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que prevêm os valores que informam a ordem jurídica com a finalidade de informar as atividades produtivas, interpretativas e aplicativas das regras, de sorte que eventual colisão é removida na dimensão do peso ao teor do critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio decorrente.

Complementa o autor acima mencionado que as regras constitucionais são extraídas de enunciados normativos, com reduzido grau de abstração e generalidade, que descrevem situações físicas e prescrevem condutas intersubjetivas, como a fenomenologia de incidência dirigida pelos princípios de modo que, eventual conflito é resolvido na dimensão da validade, à luz dos critérios cronológico, hierárquico ou especialidade, com o sistema de Direito Constitucional.

O papel dos princípios, embora tão altamente considerados pela Filosofia e pelas Ciências Naturais, nomeadamente na Matemática, na Física, na Química e na Biologia, com o significado de Lei geral que rege um conjunto de fenômenos e verificada pela exatidão de suas conseqüências e, por isso, fonte de premissas a partir das quais todo um sistema se desenvolve, não logrou alcançar a mesma importância histórica para as Ciências Sociais, notadamente a Jurídica. (CASTELLS, 1996 apud VELLOSO; ROSAS; AMARAL, 2005).

Nessa linha de raciocínio cumpre destacar as ideias positivas e pós-positivistas sobre normas, regras e princípios:

Para o positivismo, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração. Com o pós-positivismo, norte da metodologia jurídica contemporânea, os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a serem vistos como formas de expressão da própria norma, que é subdividida em regras e princípios. (GARCIA, 2007, p. 62)

Para Dworkin (1999) entre princípios e regras existem distâncias à proporção que o direito e os valores sociais se aproximam, sem expressar conseqüências jurídicas que se implementem, automaticamente, com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede que sejam disciplinadas, *a priori*, todas as formas de aplicação de ambos.

Em lição atual, Ávila (2009), após análise crítica e significativa fundamentação, propõe distinguir regras e princípios segundo três critérios, a saber, critério da natureza do comportamento prescrito, critério da natureza da justificação exigida e critério da medida de contribuição para a decisão.

A aplicação dos referidos critérios à dissociação ou distinção entre regras e princípios é sintetizada da seguinte forma: As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas. Os princípios são normas imediatamente finalísticas e são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realidade de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

“Os princípios são a chave e essência de todo direito; não há direito sem princípios.” (ATALIBA, 1998 apud CANOTILHO, 2003, p. 3). A partir desta afirmação entende-se que os princípios constitucionais sustentam os valores mais relevantes para a sociedade.

Corroborando esse entendimento, Miranda (2000, p. 12) ensina que:

A função ordenadora dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, em primeiro lugar, em funcionarem com critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema.

O Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo como características a submissão à lei, a separação dos poderes e o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Desta forma, qualquer conduta atentatória a esses direitos, cujo caráter é indisponível, estará indo de encontro à ordem constitucional.

Originado do conceito alemão de Estado de Direito (*Rechtsstaat*), o Estado Democrático de Direito brasileiro consiste hoje justamente no *princípio supremo a ocupar o topo do sistema constitucional interno*, é princípio segundo o qual,

O exercício do poder partilhado somente é permitido com fundamento em uma Constituição garantidora dos direitos fundamentais e em leis formais e materialmente constitucionais a fim de assegurar dignidade humana, liberdade, justiça e segurança jurídica. (STERN, 1984, p. 162)

Sem dignidade, liberdade, justiça e segurança jurídica a sociedade perde seu rumo, seu caminho e se turva, surgem trevas intransponíveis com fortes tendências a atingir o caos e o desgoverno.

Ensina Mello (1994) que violar um princípio é gravoso; a desatenção ao princípio implicaria ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido representa a ingerência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura.

Não faz sentido a prática aleatória do direito sem vínculo com os princípios que o regem, sem uma contínua referência à pessoa humana, pois, *ubi homo, ibi jus* que significa que onde há homem, há direito.

As ciências como a Biologia, a Medicina, a Psicologia, enfim, os estudos e a procura da evolução das sociedades compreendem a melhoria da qualidade de vida do homem, do ser ontologicamente constituído em sua totalidade, distinto de qualquer outro ser.

Esclarece Barroso (2002), que a constituição moderna de caráter nitidamente liberal surgiu com a finalidade de declarar direitos, de fundamentar a organização do governo e de limitar o poder político, limitação essa que era o maior anseio dos mentores burgueses setecentistas.

Nesse mesmo sentido, Bonavides (2005, p. 14), destaca que “os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”.

As normas jurídicas possuem as características de coercitividade e de imperatividade e os princípios de direito, especialmente os princípios constitucionais, equiparam-se a normas jurídicas no que se refere a essas características, motivo pelo qual não são meros ditames de obediência contingente ou facultativa, porém constituem-se de normas jurídicas de aspecto principiológico e dotadas de poder vinculante. Além disso, em campo constitucional, essa coercitividade se expressa num grau ainda mais contundente do que nas outras normas jurídicas, pois as regras e os princípios constitucionais são normas jurídicas de hierarquia superlativa, submetendo todo o conjunto normativo inferior às suas disposições expressas e aos desígnios dos valores consagrados em seu bojo, mesmo que implícitos. (BARROSO, 2002).

Ao perfilar os caminhos que levarão à análise proposta, esses valores fundamentais da ordem jurídica terão primazia por serem a estrutura básica que ganha um patamar superior na hierarquia interna da norma.

Vislumbra-se, como principal, o Princípio Constitucional da dignidade da Pessoa Humana, sendo este o mais amplo dos princípios constitucionais, com abrangência de uma diversidade de valores existentes e preservados pela sociedade.

Embora objeto de discussões acirradas quanto ao seu amplo sentido, para esta análise importa a pessoa, seu aspecto ser humano, natureza humana e vida humana, e sua evolução, conduta imposta e exemplificada pelo meio em que vive e convive.

## **1.1 Dignidade humana**

A dignidade da pessoa humana superou os ideais arcaicos de um Estado voltado para fins em si mesmo e passou a privilegiar a pessoa humana, assim esta substituição definitiva tornou-se um valor fundamental da Constituição Federal de 1988, adquirindo um comando jurídico dotado de superioridade numa visão mais humanista de mundo. Sua presença está marcada nas Constituições Democráticas, que priorizaram o idealismo de Immanuel Kant.

Segundo Kant (2004) o homem é concebido como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferentemente dos outros seres desprovidos de razão. Em função dessa condição de ser racional, comum a todos os seres humanos, é que o homem poderia ser chamado de pessoa – pessoa humana.

Diante dessas concepções filosóficas atribuídas a Immanuel Kant, percebe-se que a pessoa humana possui em si mesma dignidade inerente a este ser para que possa exercer a liberdade e seus direitos.

É nesse sentido que Barroso (2002) ressalta que o exercício da liberdade e de direitos é reconhecido tendo em vista o atributo da dignidade da pessoa humana para a garantia de uma existência plena e saudável, razão pela qual passou a ter amparo como um objetivo e uma necessidade de toda humanidade, vinculando governos, instituições e indivíduos.

Vale dizer que segundo entendimento dos autores em destaque, o reconhecimento da dignidade é parte inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, tornando-se, assim, o fundamento da liberdade, da justiça, da paz e do desenvolvimento social.

O reconhecimento da dignidade humana apresenta uma longa história que se inicia

com o descaso total em civilizações do passado até sua tardia aquiescência em séculos recentes, próximos ao século XXI.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, que retirou da suposta vítima o direito de manifestar-se quanto à escolha do momento da iniciação sexual, reduzindo-lhe a dignidade humana, como expressão da plenitude do indivíduo enquanto ser humano, sujeito dotado de direitos, inclusive à felicidade e ao prazer, por não poder se relacionar sexualmente antes de completar 14 anos, sob pena de incriminação do parceiro.

Dignidade da pessoa humana, portanto, é um conceito aberto, fluido, mas que apresenta um conteúdo jurídico mínimo, um “núcleo duro”, formado pela proteção da integridade física e psíquica; liberdade e igualdade; e direito ao patrimônio mínimo.

Ponderando-se valores, não estando em risco a integridade física ou psíquica, ou mesmo a violação de um direito patrimonial mínimo, a liberdade, ao lado da igualdade, assume especial relevância como expressão dos direitos da personalidade, mormente o direito de manter relações sexuais, de forma livre, consentida e prazerosa.

### **1.1.1 Aspectos históricos da dignidade da pessoa humana e as Constituições democráticas**

A história que envolve a dignidade da pessoa humana encontra raízes na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que resultou da Revolução Francesa com fundamentos nas doutrinas de Locke, Montesquieu e Rousseau, porém o valor moral da dignidade da pessoa humana foi, pela primeira vez, contemplado nos Estados Unidos na Declaração de Direitos de Virgínia, anterior à Constituição americana de 1787. (COMPARATO, 2008).

Para Kant (2004) essa pessoa humana seria dotada de um valor intrínseco, um valor próprio da sua essência, superior a qualquer preço e, por isso, seria um valor absoluto, uma qualidade absoluta, ou – finalmente – uma dignidade absoluta. Essa dignidade absoluta seria a qualidade essencial daquele ser racional, a pessoa humana, por isso dignidade da pessoa humana, objeto de respeito e proteção.

No âmbito dessa concepção, as Constituições Democráticas de alguns países consagraram em seus arcabouços jurídicos o ser humano como fim único da existência do Estado, passando para este ser o destinatário de suas ações.

Deve-se aos movimentos constitucionalistas modernos a valorização da noção da dignidade humana na visão jurídica, principalmente ao constitucionalismo francês e ao americano.

O princípio jurídico constitucional da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, instituído como fundamento da República Federativa do Brasil, significando que a pessoa humana tem um valor intrínseco em razão da sua própria condição humana, e não como meio para outro fim, independentemente de suas qualidades culturais, econômicas, intelectuais, familiares, profissionais etc.

Importante neste contexto, ressaltar que ainda no pensamento de Kant (2004) a dignidade está no valor que se reveste de tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente.

Infere-se que esse valor é inerente a todos os seres humanos enquanto entes morais. É uma qualidade dele a ser exercida com liberdade e autonomia que permite que sejam construídas distintas personalidades humanas, totalmente individuais e insubstituíveis. Dignidade e autonomia formam um binômio inseparável para o exercício da razão prática. Assim, pode-se garantir que somente os seres humanos são revestidos de dignidade (KANT, 2004).

Vale lembrar, pela abalizada lição de Miranda (2000, p. 81) que:

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Nesses termos, o princípio da dignidade da pessoa humana é o esteio das constituições democráticas de inúmeros países e o Brasil, signatário acordos e tratados internacionais que protegem os cidadãos contra práticas que ultrajam seus direitos, vem procurando adequar sua legislação para diminuir práticas corriqueiras e aceitas num passado muito recente.

Do art. 5º ao 17º, da Carta Magna, estão previstos os Direitos e Garantias Fundamentais, sendo que no art. 1º, III, encontra-se explícito o Princípio da dignidade da pessoa humana, positivado como Fundamento da República Federativa do Brasil. Determina-

se no caput do mencionado artigo que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 1988)

O princípio da dignidade da pessoa humana sustenta os ordenamentos jurídicos contemporâneos dos estados democráticos, embasado em fundamentos filosóficos da existência humana, que coloca o ser humano acima de qualquer poder.

Conforme o pensamento de Gênova (2009, p. 107), o Direito Penal tem sua evolução paralela à evolução do homem e esclarece:

Nessa evolução, o homem abandonou o julgamento pelos próprios ofendidos, os juízos ordálicos e a inquisição, consagrando o processo garantista com a adoção de princípios fundamentais como da ampla defesa e da inocência. Colocou à margem a responsabilidade objetiva para consagrar a responsabilidade subjetiva. Substituíram as penas cruéis e infamantes para adotarem a privação da liberdade e as penas alternativas à prisão como as mais comuns formas de sanção penal.

Pelas palavras do autor, percebe-se que de um lado a lei penal determina a punição do réu, mas de forma a garantir também sua dignidade como pessoa ao possibilitar-lhe a chance de defender-se e provar sua inocência para que não sejam cometidos atos injustos que irão privar-lhe do bem maior que é a liberdade.

O Princípio da dignidade da pessoa humana faz, portanto, um controle da qualidade do tipo penal, ou seja, diante de cada contexto fático, tendo em vista, a constante evolução social em contraste com a estagnação normativa.

Cumprе ressaltar que não são exaustivos os princípios fundamentais nomeados na nossa Carta Magna. Embora destacados no Preâmbulo, no Título I (Princípios Fundamentais) e Título II (Dos Direitos e Garantias Constitucionais), estão espalhados por toda a Constituição e, outros tantos nascem dos próprios princípios enumerados. Neste mister a própria Constituição Federal de 1988, ao § 2º do art. 5º, dispôs que os direitos e garantias fundamentais expressos não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, repetindo dispositivo inserido em todas as Constituições brasileiras anteriores, desde nossa Primeira Constituição Republicana de 1891, cujo texto não é criação nossa, tendo origem na Nova Emenda da Constituição dos Estados Unidos de 1971. As normas e os princípios constitucionais não se devem esgotar na sua positividade, antes devem aspirar ser um “direito justo”. (VELLOSO; ROSAS; AMARAL, 2005)

Ainda segundo os doutrinadores acima referenciados, reconhece-se a existência de regras e princípios a formar a sistemática jurídica constitucional, modelo ideal porque induz

uma coexistência indispensável. Com efeito, o sistema formado apenas de normas jurídicas endossaria o denominado pelos doutrinadores de “legalismo”, afastando estrutura flexível e conexa com o dinamismo dos fenômenos sociais. Por outro lado, um sistema moldado apenas sob princípios teria caráter abstrato, sem vinculação com os fatos concretos, seriam como alicerces sem construção.

### **1.1.2 Dignidade sexual e liberdade sexual**

A dignidade da pessoa humana remete a um relevante direito do ser que é a dignidade sexual e a liberdade para praticar o que é específico a cada ser humano, parte da sua dignidade.

O Título IV do Código Penal, com o advento da Lei n. 12.015/2009, passou a tutelar não mais os crimes contra os Costumes, mas a dignidade sexual, expressão esta ligada a dignidade da pessoa humana, à liberdade e ao desenvolvimento sexual da pessoa humana.

Nesse sentido, a dignidade sexual, conforme Guimarães (2003), é uma especialidade da dignidade da pessoa humana, identificável em dois planos distintos: a dignidade individual, ligada ao exercício de sua autodeterminação de vontade sobre a manifestação de sua própria sexualidade e, em outro plano, numa dignidade social (sexual), no sentido do direito ao exercício de coexistência que implica no regime em que há na sociedade um consenso sobre a publicidade da conduta social.

A dignidade sexual apontada no novo título dos crimes sexuais está relacionada com o bem jurídico que o legislador quis proteger, qual seja, a dignidade da pessoa quanto à sua escolha e autorização para práticas sexuais, bem como a sua liberdade de escolher o momento para tais atos e as formas da prática, um direito inerente à sua individualidade.

A grande preocupação é se a criança e o adolescente possuem livre disponibilidade do seu corpo, com autodeterminação para práticas sexuais.

Na atualidade não há mais preocupação com a proteção da moral sexual, mas com o direito individual da pessoa, com sua liberdade de escolha do parceiro e o consentimento na prática sexual. Violar esses direitos configura um ilícito ligado à pessoa e não mais aos costumes. A liberdade é que prevalece e é considerada na ofensa sofrida e não mais na moral.

Não sendo a moral sexual que clama proteção e sim a dignidade e a liberdade, por isso, é fundamental identificar o bem jurídico protegido com o advento da nova Lei n. 12.015/2009.

Após se basear no princípio da liberdade o qual diz respeito “à falta de legitimidade do Estado em impor padrões morais de condutas ao indivíduo aceito pela coletividade”, idealizado pelo filósofo inglês Jonh Stuart Mill e de seu conceito de dano social, Natscheradetz (1985, p. 139) procurou estabelecer as relações entre o Direito Penal e moral social, de modo a fixar os limites do Direito Penal sexual, excluindo do seu âmbito de proteção os valores éticosociais, em particular, a moral social sexual para, em seguida, definir o seu ponto de vista sobre qual deve ser o bem jurídico protegido comum a todos os tipos penais desse ramo do direito.

O que se percebe é que foi dada especial atenção à liberdade sexual e essa tem sido o bem jurídico aventado pela doutrina moderna como sendo o único digno de tutela nos crimes sexuais, por não apresentar a qualquer conotação moral.

Na esteira desse entendimento, Natscheradetz (1985), assumindo uma postura nitidamente constitucionalista, estabelece em seu trabalho que é na Constituição que se encontram os critérios para a apreciação do legislador penal na concretização dos bens com dignidade penal e que necessitam ou carecem de tutela penal, critérios que não se tornem vazios e sejam manipulados no sentido de sua identificação com qualquer outra norma jurídico-penal. É a partir da Constituição que esse conceito deve ser estabelecido.

O autor referenciado ressalta ainda que o objetivo do Direito Penal sexual é garantir a maior liberdade possível nos comportamentos sexuais, só poderão ser incriminadas as condutas sexuais que mais gravemente atentam contra a liberdade pessoal do indivíduo, o que vale dizer: sua liberdade sexual, “ou a livre autodeterminação sexual do ofendido, privando-o da disposição de um dos aspectos mais intimamente ligados à sua auto-realização pessoal como é a atividade sexual”. (NATSCHERADETZ, 1985, p. 141)

Resta saber, ainda conforme Natscheradetz (1985, p. 141), o que pode ser entendido como liberdade sexual ou livre autodeterminação sexual, sendo ainda contemplada a concepção do autor acima evidenciado que a coloca sob uma perspectiva positiva ou dinâmica, definindo a liberdade sexual, como a livre disposição do sexo ou do próprio corpo de acordo com seus desejos e opções, tanto no que diz respeito à forma de manifestação sexual quanto ao destinatário da mesma, “dentro de limites implicados pela tolerância e respeito da liberdade sexual alheia”.

Ao revés, numa perspectiva de caráter defensivo, realça-se o caráter estático ou passivo da liberdade, que se concretiza na faculdade que o indivíduo tem de não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual contra sua vontade, qualquer que seja a forma que eles revistam, “embora o entendimento do direito penal como *ultima ratio* implique que

apenas seja tutelada a liberdade sexual contra ações que revistam de uma certa gravidade”. (NATSCHERADETZ, 1985, p. 141)

Para Sanches Tomas (1997), a denominada concepção mista ou eclética implica em esclarecer que a liberdade sexual pode ser vista tanto na perspectiva dinâmico-positiva, como estática-passiva, próprias de tal liberdade, consistente na faculdade de fazer ou não uso do próprio corpo que assiste a cada pessoa, assim como a liberdade de acionar os meios protetores da função sexual pessoal face as condutas alheias da mesma natureza.

Nesse sentido, infere-se que a sexualidade é algo inerente à pessoa humana e deve ser protegida no âmbito criminal. Ocorre, que a sexualidade como um todo não pode ser considerada como algo indisponível, e algo tão complexo como é a dignidade da pessoa humana.

Após examinar as diferentes acepções sobre o conceito de liberdade sexual Natscheradetz (1985) chega à conclusão sobre o conteúdo do Direito Penal sexual, procurando delimitar melhor o conceito de liberdade sexual. Contraria a concepção daqueles que reduzem o conceito de liberdade de disposição do próprio corpo para fins sexuais a um aspecto dos bons costumes com argumentos de que, em apertada síntese, aceitar-se referida limitação é admitir a tutela da ordem ético-social efetivamente vigente na sociedade, ignorando que numa sociedade pluralística e tolerante com as minorias, de onde decorrem diversas alternativas para a autorrealização sexual do cidadão, além do que, em última análise, costumes sexuais não constituem uma análise consciente e racional acerca das necessidades de proteção da sociedade.

A terminologia escolhida pelo legislador, malgrado a importante contribuição acima assinalada, tudo indica não foi feliz, devendo-se apontar que a escolha do termo “dignidade” abrange uma série de indagações desnecessárias a respeito do bem jurídico tutelado nos delitos englobados sob sua égide, que carece de uma definição precisa e satisfatória a orientar a aplicação da norma penal, função inerente ao bem jurídico.

Por fim, defende-se dizendo que ao introduzir o requisito da gravidade no conceito de liberdade sexual o fez para evitar a punição de condutas insignificantes, o que não quer dizer aceitar cientificamente as condutas sexuais que ofendem gravemente a liberdade, nem aceitar do juiz e do intérprete uma construção racional de danos para a liberdade sexual e, muito menos, admitir juízos de valor para a determinação da gravidade da conduta sexual em relação ao bem jurídico protegido, o que implicaria uma forma de tutelar a moral sexual social, ou que, dessa forma, constitua uma grave limitação à liberdade sexual individual. Muito pelo contrário. Entende não existir qualquer critério científico jurídico-penalmente

relevante válido para a determinação de condutas danosas para a liberdade sexual, já que numa sociedade pluralista, a própria determinação dos bens dignos de tutela penal oscila em várias opções. (NATSCHERADTZ, 1985)

Assim, as conclusões de Natzcheradetz, (1985), em síntese, são que a liberdade sexual é o único bem digno de tutela nos crimes sexuais; o Direito Penal sexual tutela bens individuais, vale dizer, a liberdade sexual individual, e não bens coletivos como a ordem social da vida sexual ou a moral sexual pública, conforme limitação constitucional; sendo a liberdade sexual o bem jurídico protegido e sabendo-se ser a liberdade pessoal tutelada pelo Código Penal, deve a liberdade sexual, com suas especialidades, ser, tratada no seio dos crimes contra a liberdade geral.

Para Díez Ripollés (1998), a liberdade sexual tem se consolidado como sendo o objeto de proteção que justifica a intervenção penal na prática sexual dos cidadãos, sendo certo que com sua tutela o que se pretende, segundo sua concepção, mais do que o efetivo exercício da capacidade de autodeterminação sexual, é que o comportamento sexual na sociedade seja exercido com liberdade individual dos participantes.

Nesse sentido, sustenta o autor que a liberdade sexual também é violada naqueles indivíduos que não estão transitoriamente em condições de exercê-la, já que não se protegem meras faculdades subjetivas da vítima, se não situações ou relações da realidade social, embora essa opinião não seja unânime na doutrina. Nas palavras esclarecedoras do autor, em suma, passa a ser objeto de atenção do Direito Penal, todas aquelas que envolvem outras pessoas em ações sexuais sem a sua vontade.

A revolução sexual e a existência de uma sociedade mais permissiva provocaram uma mudança dos valores e atitudes em face do comportamento sexual e hoje percebe a sexualidade como uma das diversas possibilidades de manifestações de realização pessoal do ser humano.

Nessa perspectiva de valoração positiva é de se ter em conta que o Direito Penal, cuja função consiste em assegurar a proteção dos bens jurídicos fundamentais, tido eles como pressupostos básicos de uma ordem social, também tenha o objetivo de punir aquelas condutas que visam tolher dos cidadãos do livre exercício de sua sexualidade, dessa forma protegendo a liberdade sexual.

Modernamente, a concepção de que a liberdade sexual é o único bem jurídico digno de tutela nos crimes sexuais tem ganhado acolhida na doutrina nacional.

Em parecer aprovado pelo Senado Federal no texto substitutivo do Projeto de Lei n.º 253/2004, o qual deu origem à Lei de n.º 12.015/2009, fica clara a *mens legis* intrínseca na redação do artigo 217-A:

Esse artigo, que tipifica o *estupro* de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; ***sem entrar no mérito da violência e sua presunção***. Trata-se de objetividade fática. (BRASIL, 2004, p. 3). [GRIFO NOSSO]

Há de se ressaltar que no que se refere a esse juízo de valor, o legislador fracassou na referida investida. O Estado Democrático de Direito não admite suficiente para se falar em crime à análise feita somente sob o aspecto da tipicidade formal. A propósito, a mera adequação típica da conduta ao preceito primário nada irá representar se em seu conteúdo não se verificar ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora que nesta situação é a dignidade sexual.

Desta forma, percebe-se que de acordo com as circunstâncias, deve-se confirmar se houve ou não efetivo prejuízo à vítima menor de catorze anos com a prática dos atos libidinosos.

É pertinente salientar que a tipicidade material irá ser configurada se houver ofensa à dignidade sexual da vítima.

## 1.2 Princípio da igualdade

Igualdade significa equivalência entre duas grandezas. Essa relação de equivalência – igualdade – transforma-se, quando aplicada aos indivíduos em vida social, requisito primordial para a organização política. A ideia de democracia está fundada na igualdade. (JAPIASSU, 1993).

Há igualdade entre pessoas, no Estado. Esta assertiva é um dever ser relativo, na medida em que a igualdade possível é aquela que está relacionada aos direitos e sua efetivação, não as características ou à personalidade. Os homens são iguais naquilo que tem

em comum e que integra a natureza humana na vida em sociedade: liberdade e dignidade. Pessoas não são suscetíveis de equacionamento. (BOBBIO, 1996)

Segundo a Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei. A Constituição não garante apenas isonomia, ou igualdade perante a lei, garante, também, a igualdade material.

A igualdade deve, portanto, ser estudada junto de outros valores estabelecidos na Constituição, nos artigos 1º e 3º: dignidade, justiça, solidariedade.

Diante de tal imposição, todos os que tiverem praticado conduta típica, ilícita e culpável, deverão participar de processo penal.

Pelo Princípio da Igualdade, no processo penal se pode entender que as partes devem ser tratadas de forma isonômica, devendo ser assegurada igual oportunidade para elas. Logo, para a acusação e a defesa devem ser assegurados os mesmos direitos, possibilitando-lhes idênticas possibilidades de alegação, de prova e de impugnação, enfim, em condições de igualdade processual.

O Princípio da Igualdade é um dos mais importantes postulados decorrentes do devido processo legal e da própria estrutura acusatória do processo. Como se falar em processo justo se admitir que os direitos de uma parte prevaleçam em relação à outra.

Impossível admitir essa disparidade de tratamento em um Estado que se diz Democrático e de Direito, ainda que haja um poder-dever do Estado e relação ao *ius puniendi*, mormente nos dias atuais, onde nos países democráticos esse poder-dever de punir deve ser realizado com respeito aos direitos fundamentais.

Em razão disso é que a igualdade de tratamento, ainda que inicialmente apenas no plano formal, é inegavelmente uma conquista da revolução liberal da qual não se pode descuidar, sob pena de o processo penal perder legitimidade (SANCHES TOMAS, 1997).

Pode-se dizer que a igualdade configura uma das garantias fundamentais do direito processual, sendo, portanto, um princípio pelo qual deve o julgador, como guardião das garantias fundamentais, velar com o máximo rigor, ainda que na prática, em vista das desigualdades reais decorrentes das condições sociais, econômicas e culturais dos acusados, seja extremamente difícil a sua preservação além da lei formal. (AROCA, 1997)

Portanto, essa igualdade processual deriva indiretamente de princípios constitucionais consagrados expressamente na Constituição Federal, como o devido processo legal e o contraditório.

Contudo, no estágio atual de desenvolvimento da dogmática processual penal é necessário destacar que essa igualdade não pode mais ser vista tão-somente no plano formal,

como mera ficção jurídica, olvidando-se as desigualdades existentes no plano material, conforme, aliás, se vem entendendo modernamente.

Assim, cabe ao Estado suprir as desigualdades existentes no plano material, na busca de um processo justo, pois somente o equilíbrio de situações é que garante a verdadeira contraposição dialética. (GRINOVER, 1990)

Dessa forma, da consagração do princípio da igualdade na Constituição Federal decorre a regra de que sempre se deverá preferir a interpretação que iguale e não a que discrimine. Daí por que é vedado estabelecer privilégios ou discriminações na lei, que deve sempre conferir tratamento eqüitativo a todos os membros da comunidade, ainda que no plano real, essa pareça ser uma missão impossível.

Por isso que, em sede processual penal, essa isonomia, essa paridade de armas, como salientado, não pode ser meramente formal, desconsiderando as características dos sujeitos envolvidos na controvérsia penal, em especial as condições sociais, econômicas e culturais dos envolvidos, mormente os acusados. Com efeito, é curial que em demandas penais, o réu é considerado a parte mais fraca, vez que no pólo ativo se tem, em regra, o Ministério Público, instituição organizada, que tem todo o suporte fornecido pelo Estado para exercer a *persecutio criminis* em face do imputado.

Porém, não reside nesse ponto a justificativa para se admitirem certos privilégios para defesa, especialmente quando se sabe da existência de ações penais de iniciativa privada, nas quais a acusação é feita por particular, sem o apoio do aparato estatal. Assim, entendemos que as referidas regras, a conferir tratamento diferenciado para a defesa, reside principalmente e fundamentalmente na grave conseqüência do direito penal: a pena privativa de liberdade, e não por ser o réu a parte mais fraca da relação processual penal.

Portanto, é exatamente em face da gravidade dessa sanção que se torna possível justificar situações de desigualdade no direito processual penal em relação aos acusados, o que se afigura plenamente proporcional para um Estado que também prevê a liberdade como direito fundamental.

Aliás, julga-se que é em face dessa grave conseqüência, isto é, a pena de prisão, que o Ministério Público deve ser entendido como uma parte imparcial, para que assim vele não pelo interesse do Estado -e da comunidade- na punição daquele que cometeu o crime, mas também, pelo direito de liberdade do inocente, pois somente dessa forma estará velando pela correta observância do ordenamento jurídico.

Cabe observar que certas situações de desigualdade aparente também se justificam pelas peculiaridades dos sujeitos do processo, que reclamam, de forma excepcional, tratamento diferenciado, para igualar certas desigualdades, como é o caso do vulnerável.

A desigualdade entre as partes, no processo penal, mostra-se, especialmente, na procura da prova e nas medidas cautelares coativas.

Dessa forma, eventuais desigualdades existentes no processo penal não maculam o princípio da igualdade, da paridade de armas entre as partes; ao invés, pois ele existe justamente para preservar tal elemento, na medida em que busca igualar as desigualdades existentes no plano material.

Dentro de um processo tendo como parte o vulnerável com o seu direito à liberdade e dignidade protegidos, porém sem o direito de consentir e sem discernimento, de outro lado, o réu com o seu direito a liberdade enfraquecido, é preciso que o conjunto probatório permaneça equilibrado, justo e igual para que tenhamos um devido processo legal.

Porém, é difícil ao Juiz, quando julga processos desta natureza, afastando-se completamente das circunstâncias sociais e individuais que permeiam o caso concreto. É difícil, também, ao Juiz, esquecer-se completamente de seus próprios valores, no ato de julgar. Nesse sentido, toda decisão, em sentido amplo, é política.

A constatação da inexistência da igualdade entre as partes no processo penal envolvendo os denominados vulneráveis poderia significar contraditório diminuído, tampouco que o processo penal proporcione poucas garantias de justiça. Pelo contrário, justamente porque a igualdade tem que estar em todo o processo, como fundamento e estrutura do devido processo penal, o fato de os sujeitos processuais atuarem de maneira diversa no processo não é de importância. Tanto a defesa efetiva como a acusação terão meios diferenciados de produzir a prova necessária à demonstração da verdade.

### **1.3 Princípio da inocência ou da não culpabilidade**

Considerando-se o dispositivo do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, é lícito afirmar que aí se encontra positivado o princípio da inocência, sendo, portanto, necessária a produção de provas para demonstrar a inocência de qualquer indivíduo que tenha praticado um ato delituoso (BRASIL, 1988).

No cenário penal, reputa-se inocente a pessoa não considerada autora de crime. O estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.

Diante desse dispositivo, entende-se que enquanto não sobrevier uma decisão judicial condenatória transitada em julgado, o indivíduo não poderá sofrer sanções em seu patrimônio ou em sua liberdade, e, ainda por força da aplicação desse princípio na esfera probatória, caberá à acusação o ônus de provar a culpa do acusado, resolvendo-se dúvida quanto à autoria ou à materialidade do ilícito em seu favor, momento em que se aplica o “*in dubio pro reo*”.

Este é um princípio com intrínsecas relações com a imputação de um fato ilícito a uma pessoa, e à atribuição do ônus da respectiva prova ao acusador, requisito indispensável para que se possa concluir sobre a ilegalidade cometida por ela.

Presume-se a inocência até que se prove o contrário, mas para isso as provas são imprescindíveis. Não se permite declarar o indivíduo culpado sem que realmente se prove o crime a ele atribuído para que seja taxado de culpado.

É a observação deste princípio que garante ao réu um julgamento justo, onde a justiça possa ser um acontecimento concreto para o cidadão que vive num Estado Democrático de Direito.

Para Manzini (1996), o processo penal tem por finalidade comprovar o fundamento da pretensão punitiva do Estado no caso concreto. Ainda que seja relevante a tutela do interesse relativo à liberdade individual, deve-se ser assegurado o direito de defesa a fim de se evitarem erros e arbitrariedades. Não se pode confundir esse aspecto do processo com sua finalidade prevalente de realizar a pretensão punitiva do Estado.

A Presunção de Inocência é entendida como um dos princípios basilares do Estado Democrático, e do Direito Processual Penal.

Encontram-se nesse sentido o liame entre o princípio da inocência com os princípios da ampla defesa e do contraditório, onde se complementam na busca do princípio da liberdade, remetendo o pensamento à primeira geração dos direitos humanos em que se privilegiou a liberdade do cidadão superior ao poder do Estado.

Direito e poder são duas faces da mesma moeda. Ao mesmo tempo em que só o poder pode criar o direito sendo essencial à sua positivação, só o direito é capaz de limitar o poder. Dessa forma, em decorrência da reciprocidade entre ambos: direito e poder; poder e

direito, infere-se que o Estado como expressão do poder tem permanente relação com o direito. (BOBBIO, 2000)

A concepção de presunção de inocência, sob a perspectiva constitucional de um âmbito de proteção ampla, compreende um significado de ‘norma de tratamento’, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados como ‘norma de juízo’ e como ‘norma probatória’, estes últimos mais ligados à matéria probatória (MORAES, 2010) e o postulado fundamental do qual parte a ciência criminal em seus estudos sobre o procedimento, o princípio de que se derivam todas as formas limites processuais que impõe a atividade punitiva do Estado, não é outra senão a presunção de inocência.

Conforme Tourinho Filho (2003), o princípio da presunção de inocência é como o coroamento do *due process of law*.

É pertinente ressaltar também que a garantia do devido processo legal foi esboçada como *law of the land*, prevista no artigo 39 da Magna Carta, outorgada em 1.215, por João Sem-Terra. Contudo, o passar do tempo, transformou o instituto no chamado de *due process of law* e sedimentou-se como garantia na Constituição dos Estados Unidos da América (Emendas V e XIV). Posteriormente, as constituições européias – italiana, portuguesa, espanhola, alemã, belga – integraram o devido processo legal no rol de suas garantias. (FERNANDES, 2008)

Não há na Lei Maior as diferenciações entre vítima e réu no que diz respeito às provas, pois ferem o princípio da igualdade já mencionado neste estudo e nem discriminações sem fundamentos.

É justo questionar como um indivíduo pode ser julgado num processo onde já entra culpado, sem nenhuma análise, por parte do juiz de provas de sua culpa e como pode o réu ser condenado sem uma sentença transitada em julgado, após análise exclusiva da palavra da vítima afirmando ter consentido tal ato e o mesmo não ser considerado válido.

A presunção de culpa consiste na antítese à presunção de inocência. Não se busca no primeiro, com efetividade, a prova do dolo ou da culpa do agente, contentando-se o Estado com a mera prova do fato principal, ou seja, a ausência de discernimento da vítima menor de 14 anos de idade.

A Presunção da Inocência é *júris tantum*, exigindo um mínimo de provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para ser afastada, materializando-se o devido processo legal.

Da mesma forma que o princípio de inocência esteve sempre presente nos primeiros momentos de vigência do CP de 1940, a presunção relativa de violência deveria permear

todos os dispositivos da lei penal, especialmente do novo artigo 217-A do atual Código Penal tendo em vista a possibilidade de inúmeras análises em relação à idade da vítima, principalmente em se tratando do gênero feminino em que muitas meninas desenvolvem fisicamente e adquirem uma compleição física precoce, mais rápido do que outras, situação em que o agente poderia incidir em erro de tipo. Entretanto esta possibilidade é ignorada em razão do caráter absoluto do fato.

É uma situação estarrecedora verificar que o agente já está condenado pela determinação absoluta do artigo, nem seria necessário um defensor uma vez que não existe defesa, o julgamento é sumário, nos mesmos moldes de tempos passados e obscuros dos sistemas de governo brasileiros e de outros países em tempos de exceção.

A presunção de violência tão amplamente discutida na vigência do extinto artigo 224 do Código Penal, inicialmente vista sob a luz do caráter absoluto, na redação original do artigo supra, do Projeto do CP de 1940, foi deliberadamente rejeitada e aos poucos, ganhando nova interpretação doutrinária e depois jurisprudencial com embasamento nos princípios constitucionais e na realidade de cada caso analisado. Questiona-se agora na vigência da nova Lei n. 12.015/2009 o porquê de retroceder a uma questão que continuará em discussão. Os princípios constitucionais e processuais penais não mudaram e continuam a ocorrer casos inúmeros e diferenciados que envolvem o menor de 14 anos.

Em suma, de maneira sutil, visualiza-se a presunção de culpa no Direito Penal, devendo o Judiciário desbastar esse uso, quando da aplicação da lei ao caso concreto, impedindo-se a lesão ao princípio constitucional da presunção de inocência.

## **1.4 Princípio da culpabilidade**

Como os demais princípios, o da culpabilidade é o norteador da seara do Direito Penal em razão de que para a teoria geral do Direito Penal a culpabilidade é de extrema importância, pois a pena pressupõe sempre a culpabilidade do agente envolvido no ato a ser analisado e julgado.

Entende-se segundo (JELLINEK, 1851, apud BONAVIDES, 2005, p. 518) que princípio de culpabilidade é entendido como:

Um princípio constitucional (*nulla poena sine culpa*), reconhecido pela doutrina em casos excepcionais. O princípio a culpabilidade é só a 'base' para a determinação de uma pena. O princípio serve, de um lado, para a proteção do autor frente ao excesso repressivo do Estado. Aliás, também

procura limitar estritamente uma censura pública daquelas ações que merecem um juízo de desvalor ético-social, com o qual, simultaneamente, enfatiza o compromisso do Direito penal com um 'mínimo ético' (Georg Jellinke). O Supremo Tribunal Federal, numa declaração programática, a existência do princípio de culpabilidade numa das peças básicas nas suas jurisprudências: 'A pena pressupõe culpabilidade'. Esta última significa reprovabilidade. Com o juízo de desvalor de uma culpabilidade ao autor se ele resolver não atuar conforme o Direito, isto é, houvesse decidido pelo injusto a pesar de pelo feito poderia não fazê-lo. Também, é expressamente extraída do princípio da culpabilidade a seguinte consequência para o limite superior de uma pena, 'A finalidade preventiva não pode ultrapassar a pena justa'.

A culpabilidade está associada à medida de pena, sendo que quanto maior a culpabilidade, maior a pena. É este princípio que coloca a culpabilidade como um critério para aferir a pena-base, além dela ser um juízo de reprovação do ato realizado.

Considera-se assim que nem sempre o ato delituoso é reprovável, pois em estado de necessidade o agente pode até agir dolosamente, porém, sua atitude não é culpável, pois não possuía outra alternativa a não ser agir da forma como as circunstâncias exigiram que agisse.

Conforme os ensinamentos de Jesus (2006), deve-se depreender do objetivo do princípio da culpabilidade que não somente em casos de dolo, mas também em fatos culposos, o elemento caracterizador da culpabilidade é tão somente a reprovabilidade. Diante da falta de outra alternativa, mesmo agindo com dolo ou culpa, o sujeito não pode ser reprovável e conseqüentemente não poderá ser culpável.

Neste contexto, o autor acima referenciado informa que após ter percebido a doutrina de que os elementos dolo (psicológica) e culpa (normativa) não poderiam ser elementos de culpabilidade, pois eram considerados elementos constitutivos para a reprovabilidade, passaram a valorá-los este normativamente e aquele nos liames psicológicos.

E ao remeter o pensamento ao passado de lutas pelo direito da pessoa humana, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, instituído na França de 1789, que orientou para seus sagrados direitos culminar no art.11 da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, com a seguinte disposição:

Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

Tem-se neste dispositivo universal a expressão clara do princípio da inocência e da culpabilidade, requisitos imprescindíveis para se fazer a verdadeira justiça.

O Princípio da culpabilidade contrapõe-se à Responsabilidade Objetiva, que se caracteriza com a simples produção do resultado, sem analisar o seu contexto fático, estando, por esse motivo, praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo. Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota a responsabilidade subjetiva, considerando que nenhum resultado pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa, sendo, portanto, inconstitucional qualquer lei que despreze esse preceito.

A culpabilidade, segundo Junqueira (2010) comporta duas vertentes: **(a)** *nullum crime sine culpa* – não há crime sem culpa ou dolo. Veda a possibilidade do reconhecimento da responsabilidade objetiva em direito penal. Assim, não basta que fisicamente o sujeito tenha lesado o bem jurídico; é preciso que tenha atuado com dolo ou culpa. Há quem reconheça que o direito penal brasileiro traz exceções a tal princípio na responsabilidade do embriagado (em razão da *actio libera in causa*) e na responsabilidade penal da pessoa jurídica; **(b)** a pena não pode ser maior que a reprovabilidade do sujeito pelo fato praticado, o que impede que o Estado instrumentalize o sujeito buscando exemplo para prevenir novos crimes. Inviabiliza ainda a possibilidade de o sujeito ser responsabilizado pelo que é, e não pelo que fez, determinando a prevalência do direito penal do fato sobre o direito penal do autor. A culpabilidade, assim, se refere primordialmente à conduta, ao fato praticado, e não à vida anterior do autor. Se não há culpabilidade (reprovabilidade), não pode haver punição.

Diante dessa afirmativa é de suma importância análise ao caso da professora que ficou famosa na mídia por ter se envolvido com sua aluna de 13 anos de idade e após os trâmites legais do processo, foi condenada à pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado, por ter tido um relacionamento sem o emprego de violência ou grave ameaça, mas após análise dos objetivos impostos pelo novo tipo estupro de vulnerável, o Juiz entendeu que mesmo a vítima alegando que consentiu, diante de um consentimento inválido ao final deste estudo (ANEXO A, p. 150).

Ressalta-se que o agente, ao ser culpado, deverá ser penalmente responsabilizado mediante o fato que lhe foi atribuído como reprovável. E ainda acrescenta:

O Estado deve se assegurar quando na aplicação de uma sanção, quanto às condições pessoais do sujeito, pois a Constituição Federal e o Código Penal têm previsibilidade em alguns casos de excludente da culpabilidade, que podem ser encontrado no art. 228 da CF e nos artigos 21, 22, 26, 27 e 28 do CP. Os dispositivos asseguram imputabilidade ao sujeito ativo, portador de doença mental, com desenvolvimento mental incompleto ou retardado e ainda, ao que possui a menoridade, para estes acarretam a inimputabilidade. Ainda, aquele que inevitavelmente não pode conduzir uma reprovação do autor, quando ele não pode distinguir uma situação de compreender o erro e,

não manifestou uma atitude reprovável quando atentou contra o Direito, posto que houve erro sobre a ilicitude do fato, aquele que sofreu coação irresistível e que atuou manifestado pelo emprego da força ou de ameaça (JESUS, 2006, p.201).

Nesta esteira, pode-se concluir que as soluções encontradas na legislação para os casos excepcionais não se aplicam de forma igualitária, deixando de garantir a todos os cidadãos em situações conflituosas de suas vidas, em sede de processo penal, as mesmas garantias constitucionais.

Com apoio nesta idéia é lícito acrescentar ainda que a culpabilidade está prevista no art. 5º, incisos LIV e LVII, da Constituição Federal, que dispõe: ninguém será privado **da liberdade** ou de seus bens sem o devido processo legal e não será considerado “culpado” até o trânsito em julgado de sentença condenatória (BRASIL, 1988).

O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se á conduta delituosa.

Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato, e fato não se presume, existe ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunção de fato. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido, afrontando tal principio em estudo, dentre outros já mencionados.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, onde o legislador alega na exposição de motivos que menores de 14 anos de idade, em pelo século XXI, não tem discernimento e não podem consentir qualquer ato sexual, é retroceder para o ano de 1940 é iniciar a discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da natureza jurídica da presunção agora de vulnerabilidade.

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.

Evidentemente, o legislador teve boa intenção ao penalizar com maior rigor os delitos sexuais cometidos contra vulneráveis. Afinal, redes de pedófilos se espalham como verdadeiro câncer na nossa sociedade. E também devemos considerar o fato de que uma relação sexual com uma criança de cinco anos de idade, por exemplo, é tão perversa quanto

um estupro cometido em uma mulher adulta mediante violência real, mas o que não pode ocorrer, é ignorar questões jurídicas envolvendo outros bens jurídicos como a liberdade do ser humano, personalidade, dentre outros.

## 1.5 Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade indica a harmonia e boa regulação de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas. A Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVI, sinaliza a preferência por determinadas sanções penais, a saber: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

Aponta-se, paralelamente, com perfeita identidade, devam as penas ser individualizadas, ao mesmo tempo em que necessitam ser proporcionalmente aplicadas, conforme a gravidade da infração penal cometida. Por isso, há uma meta revelada em direção a dois objetivos: a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime. (JHERING, 1950)

O primeiro objetivo dever ser seguido pelo legislador, quando cria um novo tipo incriminador, o segundo, voltando-se ao juiz, indicando-lhe a razoável proporção entre o peso da sanção e o dano provocado pela infração penal.

O postulado da proporcionalidade cresce em importância no Direito Brasileiro. Cada vez mais ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público. (ÁVILA, 2009)

Cumprir destacar que do passado lembrado por torturas e todo tipo de crueldades, no que se refere àquele que praticava um delito, ele passou a ter, no presente, garantias estatais que contribuíram para tirar da vítima o direito de fazer justiça com as próprias mãos e da forma como achasse mais justa.

Somente no passado, os Estados Totalitários se sustentavam na prática da vingança em detrimento da dignidade do ser humano. Kant foi o primeiro a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor (preço), devendo ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional. E ainda é pertinente ressaltar que:

Tal atribuição decorre do fato de Kant ter sido o primeiro teórico a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor – assim entendido como preço –, justamente na medida em que deve ser considerado como um

fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional (CANOTILHO, 1998, p.239).

Na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com as duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da dignidade da pessoa humana venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosos para si e para os outros (ABBAGNANO, 1991, p. 211).

A herança deixada por Kant para a filosofia dos direitos humanos é, sobretudo, a igualdade na atribuição da dignidade, tornando a liberdade o único requisito para que um ente se revista de dignidade com autonomia. “Para que todos os seres humanos gozem dessa autonomia, tem-se que a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social”. (CUNHA, 2005, p. 69)

Um julgamento justo e uma punição razoável é hoje o que se busca na consagração da condição de meio e fim da atividade do Estado ao atuar na aplicação da lei para fazer justiça.

No âmbito internacional, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, traz expressamente o princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos, art. 15: “a lei só deve cominar **penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito**” [GRIFO NOSSO]. Na legislação pátria, este princípio vem disciplinado em vários dispositivos da Constituição Federal, para oferecer equilíbrio entre as limitações impostas à sociedade e os beneficiários por ela auferidos.

No que concerne ao Direito Penal, toda vez que o legislador cria um novo tipo penal, ou faz alteração em seu conteúdo para tornar a resposta estatal mais gravosa; impõe um ônus à sociedade, que conseqüentemente sofre uma limitação em seu poder de agir. Em contrapartida, a sociedade deve ser compensada pela vantagem de proteção do bem jurídico.

Preconiza o Princípio da Proporcionalidade que se o ônus imposto for superior à vantagem auferida, o tipo penal será inconstitucional, em razão de ferir a dignidade da pessoa humana e, ainda violar a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito.

A sociedade precisa ser mais fortalecida com informações precisas sobre a precocidade da prática sexual de suas crianças e adolescentes para que possam se defender dos criminosos que não serão contidos somente porque existe uma legislação mais ou menos severa. A desproporção da pena que desconsidera as exceções leva à uma interpretação de injustiça, pois o dano causado com violência real não pode ser o mesmo que ocorre sem a

violência e em outra circunstância, além disso, nessa comparação, cabe lembrar crimes de dano mais grave, mais reprovados socialmente que são passíveis de diferentes análises para cominar a pena.

Cumprido ressaltar que quanto à constitucionalidade, o art. 217-A, do CP, apresenta como uma norma inconstitucional no que se refere à pena cominada que é de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Está em evidência sua desproporcionalidade no que tange ao crime de estupro do art. 213 do mesmo diploma legal, em razão de sua sanção prever uma pena de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Nesse sentido, observa-se que pelo *quantum* das referidas penas cominadas tendo em vista os crimes de estupro e estupro de vulnerável, no entendimento do legislador, é mais gravoso a violência presumida cujo tratamento deve ser com mais rigor do que a violência real. Infere-se que manter relação sexual com pessoa menor de 14 anos, mesmo consentida, e, como costuma ocorrer, por sua própria iniciativa, é muito mais gravoso do que subjugar a vítima com uso de violência ou grave ameaça para a prática sexual. É pertinente considerar que entre violentar sexualmente uma colega de 18 anos ou “transar” com sua namorada de 13 anos, de forma livre e consentida, a primeira opção seria mais benéfica em razão de uma incorrer pena menor.

Não há razão para o entendimento da norma do art. 217-A, do CP, pelo fato de cominar pena mais leve para crime mais grave- CP, art. 213, *caput*- bem como pena mais severa para determinada situação menos grave- CP, art. 217, *caput*- por violar o princípio da proporcionalidade, merecedor do controle judicial de constitucionalidade da norma jurídica, com fundamento no art. 5.º, LIV, da CR/1988 que determina: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

## **1.6 Princípio da adequação social**

O direito penal, na atualidade, mudou aquele entendimento antiquado direcionado apenas para a idéia de punição, pois o que se pretende é construir uma sociedade onde todos os seus membros possam viver e conviver harmonicamente.

Não se concebe um direito distante dos anseios sociais, sendo relevante que ambos mantenham uma relação de interdependência com adaptações às exigências e necessidades que vão surgindo diante do dinamismo da vida em sociedade.

É na concepção em tela que se fundamenta o princípio da adequação social em que o binômio Direito-sociedade busca a harmonia indispensável para a paz social e, sobretudo para tutelar bens disponíveis e indisponíveis de imensa importância para os cidadãos.

Em tradução a palavra adequação é proveniente do latim "*adaequare*" e significa adaptar ou ajustar-se. Tendo como fundamento principal essa premissa, estrutura-se toda a concepção referente ao "**Princípio da Adequação Social**" e que possui como aspecto primordial à necessidade de constante adaptação, por parte do Ordenamento Jurídico, aos fatos produzidos pela coletividade, a fim de manter a relação de interdependência – "*Ubi societas, ibi jus*". O penalista Welzel foi o primeiro a conceber esse postulado, adotando como base, o fato que nenhuma conduta pode ser considerada delituosa ou socialmente condenável, mesmo que se enquadre no que está determinado pela legislação, se tiver ampla aceitação por parte coletividade ou por um grupo que a pratique (TOLEDO, 2002, p. 40)

Este princípio preconiza a idéia de que, apesar de uma conduta se subsumir ao tipo penal, é possível deixar de considerá-la típica quando socialmente adequada, isto é, quando estiver de acordo com a ordem social. Revela-se como um princípio geral de interpretação dos tipos penais, posto que deles exclui os comportamentos considerados socialmente adequados, aceitos pela sociedade. Sua aplicação exclui a tipicidade de práticas dentro do limite da ordem social e normal no cotidiano das pessoas que as consideram como toleráveis. A tipicidade formal não é o foco desse princípio, mas sim a tipicidade material.

Diante do exposto, é lícito complementar que a conduta somente é materialmente típica quando há lesividade em face do bem jurídico protegido, porém se um comportamento é aceito pela sociedade dentro daquilo que é considerado adequado, ou até tolerável, não pode ser punido, porque a própria sociedade o aceita (LIMA, 1978).

Segundo Welzel (1970), o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua adequação social não podem ser consideradas criminosas.

Desta forma, segundo esta teoria, as condutas que se consideram socialmente adequadas não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade.

As conseqüências da chamada adequação social não encontraram ainda o seu porto seguro. Discute-se se afastaria a tipicidade ou simplesmente eliminaria a antijurisdicção de determinadas condutas típicas.

Neste sentido, a conclusão de Jescheck (1976, p. 343) é de que "a idéia da adequação social resulta, no entanto, num critério inútil para restringir os tipos penais, quando as regras usuais de interpretação possibilitam a sua delimitação correta".

Em síntese, é lícito ressaltar que a alteração advinda da Lei n.º 12.015/2009 retrocede ao entendimento do arcaico código menorista, fundamentado em orientações religiosas com ideias conservadoras, negando autonomia aos adolescentes e submetendo-os a um comportamento imposto segundo a visão do adulto que ignora seus desejos e natureza sexual inerente a qualquer ser humano.

Não se tem certeza de que o advento da Lei n.12.015/2009 conseguirá o legislador atender à sua intenção muito mais ampla que tem o sentido de combate às redes de pedofilia e prostituição infantil, alcançando as relações individuais e privadas como um todo com evidente risco de injustiça a determinados casos concretos que não se enquadram naqueles perseguidos como visto na exposição de motivos.

### **1.7 Princípio do contraditório e ampla defesa**

Estão previstos no artigo 5º, inciso LIV, o princípio do devido processo legal e os princípios do contraditório e da ampla defesa no inciso LV do mesmo artigo, na Carta Magna brasileira, disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem no artigo XI nº 1 que: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (SANTOS, 2007, p. 68).

A defesa constitui direito inerente à pessoa humana, conferindo-se dignidade, no contexto das relações sociais. Representa uma proteção, uma oposição ou uma justificação voltada à acusação da prática de um crime, quando se está no cenário penal. Emerge de forma automática, na maior parte das vezes, tendo em vista a natureza humana, calcada no sentido de preservação e subsistência. Não se considera fato normal a assunção de culpa, mormente quando há a contraposição estatal impondo a pena.

A ampla possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano. Não se deve cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a soltura das amarras formais, porventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente, a Constituição Federal (NUCCI, 2010).

Em outras palavras, envolve todos os estágios procedimentais onde se colhe prova definitiva acerca da culpa de alguém, preferindo-se acolhê-la em excesso, em lugar de restringi-la por cautela. A ampla defesa jamais pode ser constituída de fato formal, sem

substância e eficiência, pois se cuida de interesse indisponível do indivíduo, merecendo integral contemplação estatal.

O princípio do devido processo legal encontra-se presente nas constituições democráticas da atualidade e assim, depreende-se daí que para que um indivíduo possa se defender é preciso que haja oportunidades iguais no momento de produzir provas, demonstrando a possibilidade de ser inocente naquela acusação que poderá infringir seu direito garantido como acima apresentado.

O princípio do contraditório implica numa conduta dialética do processo (GRINOVER, 1990). Em outras palavras, exige que em cada passo do processo cada parte tenha a oportunidade de apresentar suas razões, ou, se for o caso, as suas provas. Ou seja, implica no princípio processual da “*par conditio*” (igualdade entre as partes), ou “igualdade de armas”.

Sua relação é incontestavelmente estreita com o princípio da igualdade das partes e do direito de ação que se manifestam através do contraditório. Este não pode existir sem aqueles, numa perfeita simbiose para garantir o devido processo legal ao qual tem direito ambas as partes sem discriminações ou exclusões.

Às partes está garantido o direito de serem ouvidas nos autos, esse é o objetivo do contraditório cuja bilateralidade da manifestação dos envolvidos no processo equilibra o processo e garante a igualdade.

O devido processo legal está fundamentado no contraditório para dar condições ao réu e assegurar os meios de trazer ao processo a verdade e propiciar a ampla defesa. Essa contradição, que diz respeito ao réu, é que dará ao magistrado o subsídio necessário ao seu julgamento, avaliando o pólo passivo e o ativo da relação processual.

Conforme os ensinamentos de Moraes (1999, p. 92):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo Juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Entretanto, cumpre ainda ressaltar que pode ser definida a ampla defesa também pela expressão *audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte. Entende-se

que trata-se do direito de resposta ou de reação que tem o réu para se manifestar no processo, previsto na Constituição.

Assim, se não é ouvida a outra parte quebra-se o equilíbrio entre ambas e comprometem-se os princípios do contraditório e da ampla defesa e, o direito de defesa, obtido na primeira dimensão ou geração dos direitos humanos, garantido para provar a inocência no suposto ato delituoso e traduzido como direito fundamental, cerne das constituições modernas democráticas, é ignorado sem a menor deferência à sustentação constitucional da dignidade da pessoa humana.

A rigorosa adoção da ampla defesa provoca a sobrepujança da garantia constitucional sobre a legislação ordinária. Portanto, dispositivos legais, como o artigo 217-A da Lei n. 12.015/2009 que cerceiem a atuação defensiva, devem ser considerados inconstitucionais, ao menos quando se colhendo provas em caráter definitivo.

No que concerne ao princípio do contraditório, esse compõe uma das mais relevantes faces do devido processo legal, associado, sob o prisma do acusado, á ampla defesa. Por certo, não haveria processo bilateral, com igualdade de oportunidades, preservando-se o equilíbrio e a isenção estatal na condução do feito, se não houvesse o contraditório.

Cuida-se de um dos princípios aplicáveis tanto ao órgão acusatório quanto á defesa, embora contenha algumas distorções.

O contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de uma alegação ou atividade contrária ao seu interesse. Inexiste incentivo para contradizer um fato, com o qual se concorda, ou uma prova, com a qual se está de acordo (NUCCI, 2010).

O contraditório possui o natural limite da dialética: um argumento gera um contra-argumento; uma prova gera uma contraprova; um pedido provoca um contrapedido ou uma contrariedade. Porém, uma das partes finalizará o uso do contraditório.

Contradizer o direito, como regra, não é a meta do principio do contraditório. Pode-se contrariar fatos, reputando-os não existentes ou realizados de maneira diversa. Porém, constestar ou impugnar o direito posto é atitude excepcional, ingressando-se no campo da inconstitucionalidade ou da aplicação de princípios gerais penais ou processuais penais (NUCCI, 2010).

Dada a imputação do crime previsto no artigo 217-A no Código Penal, o contraditório concentra-se-á na negativa ou distorção fática, mas não irá envolver a discussão acerca da existência ou não do artigo supra, ou mesmo de sua justiça ou injustiça. Em caráter excepcional, o contraditório poderá apontar uma falha no sistema, pois o acusador estar-se-ia

valendo de norma penal implicitamente revogada ou não recepcionada pela Constituição Federal.

### 1.7.1 Das provas frente aos princípios do contraditório e da ampla defesa

O termo prova origina-se do latim-*probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar-*probare*-, significando ensaiar, verificar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (FERREIRA, 2009).

Por meio de provas, no campo processual demonstra-se a possibilidade de ser julgado inocente o indivíduo visto, até então, como culpado do ato lícito praticado.

Nucci (2010) faz suas considerações sobre as provas ao salientar que no plano jurídico, cuida-se, particularmente da demonstração da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio. A prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto, à convicção de seres humanos.

E ainda complementa que:

Se a prova é a demonstração lógica da realidade, com o objetivo de gerar, no magistrado, a certeza em relação aos fatos alegados, naturalmente, a finalidade da prova é a produção do convencimento do juiz no tocante à verdade processual, vale dizer, a verdade possível de ser alcançada no processo, seja conforma a realidade, ou não. A parte deve convencer o magistrado, valendo-se dos variados recursos proporcionados pelo raciocínio lógico, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Para haver condenação, exige-se do Juiz o estado de certeza, não valendo a mera probabilidade. As partes devem saber demonstrar ao Juiz a verdade dos fatos alegados, buscando gerar a convicção favorável ao seu interesse, embora todo cenário criado possa ser distanciado da realidade. Quem prova, no processo, convence o magistrado; assim fazendo, vence a disputa (NUCCI, 2010, p. 13).

O objeto da prova é o fato ou, com rara exceção, o direito que exige comprovação. O direito em regra, não precisa ser provado.

Feitoza (2010) explica que os fatos que independem, de provas são: os intuitivos que são aqueles evidentes, as verdades axiomáticas do mundo do conhecimento, como é o caso da cocaína causar dependência. Os notórios são os fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal e própria de determinada esfera social no tempo em que ocorrer a decisão, não

precisando, efetivamente, que ele seja conhecido, mas bastando que possa sê-lo por meio de ciência pública ou comum; são as verdades sabidas, os fatos conhecidos de todos e por fim, os inúteis, são os que não influem na decisão da causa, sejam verdadeiros ou falsos.

O sistema brasileiro de valoração da prova adotou o princípio da persuasão racional do juiz, porém insculpiu no art. 93, IX da CF/88 a necessidade de fundamentação da decisão judicial, estabelecendo a sanção de nulidade pela sua inobservância. Assim, o magistrado formará livremente sua convicção, mas deverá obrigatoriamente fundamentar sua decisão.

Vigora no ordenamento jurídico pátrio vigente a Liberdade Probatória, é o que estabelece o art. 155 do CPP, porém com uma restrição quanto à prova sobre o estado das pessoas - o Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos, colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (caput) (BRASIL, 1941).

Insta salientar que os meios de provas no processo penal estão estabelecidos nos arts. 155 e seguintes do CPP, porém como dito anteriormente, não somente essas provas são aceitas no processo penal, pois vigora aqui a liberdade probatória, sendo que somente as provas ilícitas é que não podem ser admitidas no processo, de acordo com o art. 5º, LVI da CF/88. Assim, toda prova colhida licitamente, poderá ser admitida nos autos.

Existem basicamente dois métodos para demonstrar ao Juízo a veracidade dos fatos alegados, o direto e o indireto. São provas diretas as que se unem, sem qualquer intermediário, ao fato objetivado. São indiretas as que necessitam de interposto fator, elemento ou situação para atingir o fato almejado. Em processo penal, admitem-se as provas diretas e as indiretas para condenar ou absolver.

A regra é a colheita de provas diretas como as testemunhas que viram os fatos; perícia do objeto componente da materialidade; a exceção são as provas indiretas que são os indícios de que alguém manteve relação sexual com vítima menor de 14 anos de idade.

O fato objeto da presunção legal pode precisar de prova indireta, ou seja, pode ser preciso demonstrar o fato que serve de base à presunção, o qual, uma vez demonstrado, implica que o fato probante objeto da presunção considera-se provado.

Quanto ao ônus da prova, sendo este um encargo, no cenário das provas, o ônus termina por representar um dever, caso se entenda este fator como a obrigação de demonstrar a verdade do alegado, sob pena de não convencer o Juiz e, como isso, perder a demanda.

Deve-se compreender o ônus da prova como a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados, de forma

que, não o fazendo, sofre a sanção processual.

Segundo Nucci (2009), havendo conflito entre o ônus da prova e a presunção de inocência do réu, este será considerado inocente até prova contrária, resumida por sentença penal condenatória até o trânsito em julgado.

Cabe ao Órgão acusador demonstrar a veracidade da alegação, enquanto caberá a defesa apenas negar a imputação desse imposta a ele. Agora, se a defesa alegar fato diferenciado daqueles constantes da denúncia ou queixa, chamará para si o ônus da prova, ou seja, se alegar em defesa que a vítima na data do fato não era menor de 14 anos de idade, deverá comprovar o alegado. Se a defesa falhar na alegação, continuará o réu sendo considerado inocente até que se prove o contrário.

Se for alegado pela defesa, causa de excludente de ilicitude ou culpabilidade, irá nascer para o réu, de forma lógica o ônus da prova. No caso do consentimento da vítima, como causa supralegal de excludente alegada em fase de defesa, provavelmente o réu encontrará obstáculos no campo processual afinal, a própria exposição de motivos da Lei n. 12.105/2009, restou claro o posicionamento do legislador ao afirmar que o crime era de natureza absoluta no que se refere ao consentimento da vítima menor de 14 anos para a prática de atos sexuais.

Se o réu realmente demonstrar o alegado no que tange ao consentimento, não significará que estará livre do processo, pois este consentimento será questionado pela acusação como sendo nulo. Restará para o acusado invocar princípios norteadores advindos da Constituição Federal como, por exemplo, o da presunção de inocência e do contraditório e da ampla defesa.

É de suma relevância como foi tratado acima de forma mais objetiva, o princípio da inocência dentro do campo das provas e o consentimento da vítima como excludente, não se pode deixar de analisar a declaração da vítima como meio de prova.

Desobrigados juridicamente estão o acusado e a vítima ao dever para com a verdade, eis que não os alcança tipicamente o delito de falso testemunho em face de sua capacidade delitiva circunscrita e delimitada, crível é que ambos podem mentir sem que qualquer sanção lhes possa ser infligida.

No mesmo entendimento, leciona o doutrinador Lopes (2002, p.142):

Que a versão vitimária e o teor do interrogatório do indigitado autor do crime constituem meios de prova não significa afirmar que devam ser sempre aceitos como expressão da verdade, pois uma coisa são os meios de prova e outra a avaliação do seu convencimento.

No entanto, crimes há em que as declarações vitimárias se revestem de especial valia e avultam e crescem em apreço, seja em função da própria natureza destes delitos, seja porque se conclui ser nenhum o interesse vitimário na condenação, posto referir-se a autor de crime que até então lhe era desconhecido, como ocorre nos crimes contra a dignidade sexual.

As declarações vitimárias em crimes sexuais, porque via de regra são perpetrados a hora mortas, sem vigilância de ninguém, na clandestinidade, às ocultas de outras pessoas que não os próprios protagonistas, assumem especial destaque, relevo e valor como meio de prova.

Em tema de delitos sexuais, é verdadeiro truísmo dizer que quem pode informar da autoria é quem sofreu a ação. São crimes que exigem o isolamento, o afastamento de qualquer testemunha como condição mesma de sua realização, de sorte que negar crédito à ofendida quando aponta quem a atacou é desarmar totalmente o braço repressor da sociedade.

É de se observar que na maioria dos questionamentos de ordem sexual, sempre se analisa sob a ótica de abuso com a presença de violência ou ausência de consentimento de pessoa capaz de consentir, mas jamais questionamento com relação a presunção de inocência e presunção de culpabilidade.

Todavia, o Pacto de São José de Costa Rica, de 1969, que é a Convenção Americana de Direitos Humanos, reza que toda pessoa acusada de um delito tem direito de que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa. A presunção de inocência é princípio constitucional no direito brasileiro, estabelecida no inciso LVII do artigo 5º. Devido a sua redação- “ninguém será considerado culpado”-, também é chamado de princípio da presunção de não culpabilidade.

A presunção de inocência constitui, no Estado de Direito, o pressuposto e o parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal (GOMES FILHO, 1989).

As presunções legais são de duas ordens: as absolutas, que têm natureza de regras de direito material, não admitindo prova em contrário, que é o caso de manter relação com menores de 14 anos de idade denominados de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal, e as relativas, passíveis de aplicação afastada caso ocorra prova em contrário, que é o caso das jurisprudências que caminharam ao longo de 60 anos abordando essa questão no extinto artigo 224, do Código Penal.

Como uma presunção absoluta cuida de verdadeira regra de direito material, qualquer presunção absoluta estabelecida no ordenamento jurídico deve obedecer à

Constituição. Como ela regra o princípio de inocência, afastar este princípio seria inconstitucional.

Só restaria uma possibilidade, a de que a presunção legal absoluta estivesse prevista na mesma Constituição. A partir daí, a questão seria de hermenêutica e de harmonização (FONSECA, 1982).

Uma presunção relativa não pode afastar o princípio da presunção de inocência. São referidas aquelas que relacionadas às presunções contrárias ao acusado. Aquelas formuladas para facilitar a prova da acusação, instituídas a favor da acusação. Aquelas que pressupõem, de fato certo, outro, não demonstrado, mas que venha de forma contrária ao interesse do réu. Não existe vedação a que a Lei crie presunções a favor do acusado. Afirma-se que seriam irrelevantes, em virtude da presunção constitucional já instituída em seu favor (BADARÓ, 2003).

Atento a essa realidade, e do ponto de vista exclusivamente do Direito Penal, continua parecendo-nos muito mais adequado que a presunção de vulnerabilidade, quando o sujeito passivo for menor de 14 anos de idade seja tida como relativa, não absoluta, atribuindo-se ao réu o ônus de provar a validade plena do consentimento da pessoa menor com quem manteve a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso.

As limitações decorrentes dos princípios constitucionais de proteção à garantia da pessoa humana, que impedem que na procura da verdade lance-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova (MARQUES, 1990 apud BARANDIER, 1997).

Todavia, para que usufruam deste prestígio de ter sua palavra como única fonte de base para a condenação do ofendido, há mister sejam as declarações vitimárias coerentes, harmônicas, racionais e lógicas, aquilatando-se, outrossim, do recato e honestidade do ofendido, de sua reputação sem máculas e tismas. Somente assim as declarações da vítima terão credenciais idôneas para a convicção da verdade.

Não é possível ignorar a realidade social, portanto, não há como admitir, abstratamente, que toda pessoa menor de 14 anos seja vulnerável. Impedir, de forma absoluta, que alguém possa provar, no caso concreto, que a pessoa não é vulnerável violaria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Seguindo essa linha de raciocínio, que a vulnerabilidade é elementar dos crimes que se referem à vítima vulnerável, tratando-se de presunção relativa de vulnerabilidade.

## **CAPÍTULO 2 – DA TUTELA DOS INFANTES E DOS ADOLESCENTES**

### **2.1 Dos direitos humanos da criança e do adolescente**

O acontecimento que mais marcou a história dos direitos humanos foi a aprovação, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada após a Segunda Guerra Mundial em vista das crueldades que ocorreram nesse período e fez com que as nações se unissem para proteger o ser humano dos horrores das guerras.

Após assistir a tão cruéis práticas, as lutas da humanidade se intensificaram para conquistar direitos individuais, sociais e transindividuais. Entretanto, ressalta Bobbio (2004) que ainda que estejam surgindo novas lutas não se pode esquecer que enquanto existirem cidadãos que não gozem das prerrogativas essenciais, os direitos humanos serão um conceito em construção, fruto de um combate diário e incansável.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem teve a meta de contemplar os ideais da Revolução Francesa, e em seu artigo 1º reconheceu como valores fundamentais que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Como país signatário da referida declaração, priorizando os direitos humanos, o preâmbulo de Constituição Brasileira esclarece a intenção de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito [...]” (BRASIL, 1988).

É na concepção de dignidade da pessoa humana que o direito, no seu sentido de constituição da pós-modernidade dos Estados Democráticos de Direito, privilegia os direitos de todos os seres humanos, percebendo-se assim, que a dignidade é inerente ao ser humano, indissociável e inseparável de sua existência.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem se edificou integralmente sobre o entendimento de que a liberdade, a justiça e a paz do mundo, metas de todos os povos, só se farão possíveis com o reconhecimento da dignidade de todos os seres humanos, sem discriminações ou exclusões de qualquer que seja a raça, a etnia, a religião dos seres humanos, basta que pertençam à família humana.

Nesse contexto de proteger todos os homens, também as crianças e os adolescentes começaram a ser lembrados como pessoas que também precisavam de proteção e uma proteção especial, surgindo esta idéia com fundamento na Declaração dos Direitos Humanos.

Segundo o pensamento de Bobbio (1996), os direitos da pessoa humana nasceram em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e assim, encontram-se em profundas e constantes transformações.

Prova disso é a evolução dos direitos humanos com base na dignidade da pessoa humana que se desdobraram nos direitos da criança e do adolescente.

### **2.1.1 Aspecto histórico**

Os infantes e os adolescentes iguais a qualquer pessoa são titulares de direitos. Ademais, em determinadas situações como as dos crimes contra a liberdade sexual resta evidente, via de regra, a necessidade de uma proteção diferenciada dos adultos.

Contudo, durante séculos a história vem mostrando que as sociedades do passado, de um modo geral, não inseriram em suas metas e preocupações uma proteção eficaz à criança e ao adolescente.

Prova mais evidente, são os acontecimentos que marcaram o século passado, momento em que não se percebeu interesse da Comunidade Internacional em proteger as crianças vitimadas pelos atrozes acontecimentos do século e o que mais chamou atenção do mundo para os direitos dos pequenos foram os horrores da primeira Guerra Mundial com consequências graves para as crianças em razão das mortes dos pais.

Essa situação gerou movimento e reação impulsionados pela União Internacional ‘Salve as Crianças’. Assim, protetores e lutadores dos direitos da infância, em todo mundo, se uniram em defesa delas e elaboraram a Declaração de Genebra, cuja proposta foi apresentada à Assembléia Geral da Liga das Nações.

Em nível internacional, evidencia-se que a Declaração de Genebra, em 1924, representou a primeira manifestação em prol do menor, vindo em seguida outras Convenções, dentre as quais merecem destaque a Convenção das Nações Unidas e a Declaração dos Direitos da Criança, das quais o Brasil é signatário, vindo, contudo, em nível nacional, a proteção à criança e ao adolescente efetivar-se com a Carta Constitucional de 1988, em decorrência dos inúmeros compromissos internacionais que subscreveu o Brasil (ANDRADE, 2001).

É de suma importância mencionar sobre luta da União Internacional “Salve as Crianças”, e identifica na história o seu surgimento. Esta foi criada em 1919 e se deu por ação das irmãs Eglantune Jebb e Dorothy Buxton, em decorrência dos horrores da primeira Guerra Mundial e da Revolução Russa.

Em 1920, essa associação tornou-se a União Internacional Salve as Crianças, considerada como vanguardista na luta pelos direitos da infância em todo o planeta, com atuação até nos dias atuais em mais de cento e vinte países. Atuou na elaboração da Declaração de Genebra, também conhecida como Carta da Liga, com uma proposta apresentada à Assembleia Geral da Liga das Nações pela delegação Chilena.

A partir da Declaração dos Direitos da Criança em 20 de novembro de 1959, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a criança passou a ser vista como sujeito de direito, não mais existindo aquele antigo conceito de enxergá-la apenas como objeto de proteção do Estado. Afirmou que a humanidade deve dar o melhor de si mesma à criança, e constituiu durante muitos anos o enquadramento moral para os direitos da criança, apesar de não comportar quaisquer obrigações jurídicas.

Comparato (2008, p.18) diz que no princípio primeiro do referido documento determinou-se:

A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

Essa Declaração, adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 foi ratificada pelo Brasil. Acrescente-se que os demais princípios que compõem a Declaração dos Direitos Humanos (1959), tais como: princípio 2º, princípio 3º, princípio 4º que assim dispõe:

Princípio 2º: A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal, em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança. Princípio 3º: Desde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade. Princípio 4º: A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especial, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá

direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas (COMPARATO, 2008, p. 211).

O texto apresentado acima procurou estar de acordo com as necessidades das crianças que em todo o mundo precisam da proteção do Estado e da sociedade para crescerem saudáveis e se tornarem adultos participativos, úteis e respeitados como cidadãos.

Porém, Rossato, Lépre e Cunha (2011), ensinam que o referido documento não era dotado de coercibilidade e, assim, foi necessário que se elaborassem, algumas décadas mais tarde, mais precisamente em 1989, um outro documento cuja denominação é Convenção Sobre os Direitos da Criança ou Convenção de Nova York, com um número significativo de adesão em todo o mundo. Daí é que veio a determinação de proteção integral à criança, com tutela a todas as crianças da terra, sem distinção entre elas.

Ressaltam, ainda, os autores acima referenciados, que não são tutelados grupos específicos, mas todas as crianças do planeta com atenção especial a assuntos relevantes como a pornografia infantil, sendo que em 2000 foram aprovados Protocolos Facultativos à Convenção.

Nessa esteira de proteção integral, tem sido possível oferecer melhor atendimento à criança, mas são documentos que continuam se aperfeiçoando tendo como finalidade a defesa dos interesses da criança e também do adolescente.

Vale aqui ressaltar, segundo Rossato, Lépre e Cunha (2011), a Convenção da OIT n.º 138 sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego, que obriga os Estados Partes a seguirem uma política nacional que tenha como fim assegurar a abolição efetiva do trabalho infantil e elevar progressivamente a idade mínima de admissão ao emprego ou ao trabalho. Os Estados que aderiram à Convenção devem igualmente declarar qual a idade mínima para admissão ao trabalho ou emprego em vigor no país.

No Brasil, registra-se um atraso na legislação de proteção à criança e ao adolescente proveniente do Regime Militar, porém a década de 1970 contribuiu com os movimentos sociais, reprimidos e silenciados pela ditadura militar, quando começaram a surgir grandes discussões sobre a não estruturação social em classes e a necessidade de serem implementadas políticas públicas no Brasil para atender às necessidades dos cidadãos brasileiros, inclusive das crianças e adolescentes.

Mais tarde, amplo mecanismo de participação popular na constituinte através de audiências públicas, sugestões e emendas populares deram força para o advento da Constituição de 1988, conhecida como “constituição cidadã”. Nesta nova Carta

Constitucional, dentre os direitos básicos da população, está a proteção a esses brasileiros (LIBERATI; CYRINO, 2003).

É nítida a evolução da legislação de proteção à criança em todas as áreas do direito, não só na seara penal ou processual penal, em vista da importância dada ao crescimento físico, intelectual e emocional da criança e na atualidade pela situação de risco diante do crescimento da violência em todo o mundo.

E ainda pertence a este estudo mencionar que segundo Carvalho (2010), em 1990 as Nações Unidas adotaram, na sua resolução 45/112, de 14 de Dezembro de 1990, os Princípios Orientadores de Riade para a Prevenção da Delinquência Juvenil e as Regras para a Proteção de Menores Privados de Liberdade, considerado um avanço e importante marco jurídico, bem como referência única para garantir o respeito pela dignidade da criança, a consideração da sua idade e da proteção específica de que deve beneficiar quando envolvida com o sistema de administração da justiça.

Esses menores continuam a desenvolver suas potencialidades físicas, intelectuais e emocionais dentro ou fora do cárcere e estando sob a tutela do Estado não podem deixar de serem assistidos quanto à educação, saúde e lazer, importantes para o desenvolvimento sadio de qualquer ser humano e recuperação social daqueles que estão privados de liberdade.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, conforme ressalta Andrade (2001) consiste no primeiro instrumento de Direito Internacional a conceder força jurídica internacional aos direitos da criança. A diferença fundamental entre este texto e a Declaração dos Direitos da Criança, adotada 30 anos antes, consiste no fato de a Convenção faz com que os Estados Partes sejam juridicamente responsáveis pela realização dos direitos das crianças e por todas as ações que tomem em relação às crianças, enquanto que como mencionaram Rossato, Lépre e Cunha (2011), a Declaração de 1959 impunha meras obrigações de caráter moral e não se caracterizou pela coercibilidade necessária para o cumprimento da lei.

Ainda pertence ao tema destacar que este avanço e evolução deu origem também à Convenção de Haia de 1993 relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional, que veio desenvolver e completar os princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança, reconhecendo e garantindo o interesse superior da criança como um valor fundamental (CARVALHO, 2010).

Em verdade, foi considerada a adoção internacional, segundo complementa o autor referenciado, como uma solução subsidiária, e ao mesmo tempo estabeleceu um sistema de acompanhamento capaz de salvaguardar os direitos da criança e velar pelo seu bem-estar e desenvolvimento harmonioso.

A proteção dos interesses da criança e do adolescente já tem, na atualidade, particular atenção por parte da comunidade internacional que aboliu a visão de criança como coisa, propriedade, passando a ser de ser humano dotado de sentimentos, anseios, desejos planos e compreensão do mundo em que vive e convive com seus semelhantes.

No que tange aos horrores da guerra que tanto violaram os direitos das crianças e moveram as sociedades, cumpre ressaltar a importância do surgimento do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Segundo orientações de Resek (2000) este tribunal teve o objetivo de lutar contra a impunidade dos responsáveis por crimes de guerra, crimes de genocídio e crimes contra a humanidade e incluiu na sua jurisdição crimes contra a proteção dos direitos da criança como a violência sexual, a prostituição forçada, o recrutamento de crianças com idade inferior a 15 anos ou os ataques contra escolas e hospitais onde a proteção da criança deve ser sempre priorizada. Somente pessoas com idade maior de 18 anos podem ser julgadas pelo Tribunal Penal Internacional

Para ilustrar esta unidade evidencia-se a que ponto os infantes não foram considerados sujeitos de direito com o caso Mary Ellen, ocorrido nos Estados Unidos e que ficou famoso no mundo todo, pois esta menina foi encontrada doente, vítima de maus tratos, alimentada somente com pão e água, além de ser acorrentada a uma cama, sem amparo legal foi protegida pela Sociedade protetora dos animais.

Desta forma, Hart (1991) complementa que foi no ano de 1864 que deu início, nos Estados Unidos, a preocupação com o abuso infantil e os maus tratos a partir do caso Mary Ellen que com a morte do pai na Guerra Civil, ficou sob os cuidados da madrasta e do marido, que a maltratavam fisicamente e a negligenciavam. Por não existir, na época, nenhuma entidade que defendesse os direitos das crianças, Mary Ellen foi protegida pela Sociedade Norte Americana para Prevenir a Crueldade contra os Animais, com base no pressuposto de que a menina fazia parte do reino animal.

Conforme Stevens e Eide, (1990, p. 06) a repercussão do caso em tela gerou polêmicas até hoje retratadas na literatura judicial doutrinária norte-americana:

O caso Mary Ellen sensibilizou a nação e resultou na fundação da Sociedade de Nova York para a Prevenção de Crueldade às Crianças (SPCC) in 1874. A SPCC foi a primeira organização a focar-se na proteção legal dos direitos das crianças nos Estados Unidos. Em seu primeiro ano, a SPCC investigou 300 casos de abuso infantil. Ela também introduziu a legislação “para prevenir e punir os erros contra as crianças” que ocorrem dentro de casa. O conceito de proteger crianças em seus lares permanece controverso até hoje. Então como agora, os críticos argumentam que o reconhecimento e proteção do direito das crianças invade a santidade do lar e pisoteia o direito dos pais

a disciplinar seus filhos como eles entendem. Hoje, contudo, a responsabilidade do governo em salvaguardar os direitos das crianças dentro e fora de casa é bem estabelecido. Tudo isto iniciou-se com Mary Ellen [TRADUÇÃO NOSSA].

Percebe-se que a violência contra crianças e adolescentes é um fato que se arrasta desde o passado. De acordo com relatos históricos, existem, em abundância, casos que envolvam essa prática habitual, justificada e aceita por diferentes sociedades. O infanticídio, o abandono em instituições, a escravidão, a exploração do trabalho infantil e até mutilações de membros para causar compaixão e facilitar a mendicância são relatados na literatura de inúmeras áreas do conhecimento científico.

Existem também relatos mais antigos sobre a vida de crianças e adolescentes nas civilizações greco-romanas e hebréias quando já se registravam a presença da violência por familiares e estranhos, sem que nenhuma providência fosse tomada por parte dos poderes constituídos naquelas épocas por considerarem normais tais práticas.

### **2.1.2 A proteção no Brasil**

O termo proteção tem origem etimológica no Latim, *pretegere*, que é o ato ou efeito de proteger; amparar; dar abrigo; dedicar-se a alguém que precisa de atenção especial, auxiliar (FERREIRA, 2009).

Proteger integralmente a criança e o adolescente ultrapassa os sentidos descritos acima, pois, proteção integral significa todas as formas de proteger não só fisicamente, garantindo casa e comida, mas também moralmente, propiciando educação de qualidade, ensinando os princípios da moral e da ética e a viver socialmente, participando do convívio com seus semelhantes com dignidade.

A proteção a esses indivíduos está vinculada à promoção e garantia de seus direitos fundamentais em vista de suas particularidades por serem diferentes de outros sujeitos de direitos como os adultos, sem exclusão de suas potencialidades e diferenças individuais.

Ao Estado, à família e à sociedade estão atribuídos os deveres de proteger e cuidar das crianças e adolescentes do Brasil, garantindo-lhes uma existência digna e o desenvolvimento pleno para se transformarem em cidadãos honrados, construtores de uma melhor história para as gerações vindouras.

Com a devida proteção de que necessitam, a criança e o adolescente, detentores dos direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano, serão possuidoras também de certos direitos que lhe são peculiares pela sua própria condição de pessoa em desenvolvimento.

Os deveres ou direitos fundamentais são conceituados por Peces-Barba (1995, p.89):

Estes direitos jurídicos que se referem as dimensões básicas da vida do homem em sociedade, a bem de primordial importância para a satisfação de necessidades básicas o que afetam setores especialmente importantes para a organização e o funcionamento das instituições públicas, o exercício dos direitos fundamentais, geralmente em âmbito constitucional [TRADUÇÃO NOSSA].

O Brasil, signatário de acordos internacionais de proteção à criança e ao adolescente vem irradiando por todos os ramos do direito, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente materializada na Constituição Federal de 1988.

Na perspectiva do Direito Penal, o artigo 27 diz que o menor é inimputável e a ele se aplicam medidas socioeducativas quando cometem crimes, neste caso, para os menores de 18 anos e para os menores de 12, aplicam-se medidas específicas de proteção.

Constituem também crimes, as diversas condutas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que a maioria ocorre por omissão ao cumprimento das garantias de proteção e são também fixados limites mínimos de percentual para ser aplicado na educação, na saúde e programas de assistência para atender a criança e o adolescente, além do pré-natal até que se tornem adultos e findem o desenvolvimento físico e mental.

Rosemberg (2000) chama a atenção para a infância e a necessidade de proteção diante da fantasia vivida nessa fase ao explicar que na infância a vida passa como se fosse a projeção de várias cenas; ela nada mais é que uma série de acontecimentos distintos e fragmentários; o tempo é uma série de episódios, como nas histórias, ou de sucessos, sem conexão uns com os outros. O mundo infantil se constrói na ludicidade. Na adolescência muda a percepção da vida que passa a ser uma totalidade e o tempo um conjunto unitário e permanente.

Essa afirmação mostra que a criança tem uma visão de mundo diferenciada do adolescente, porém ambos são tratados da mesma forma, sem nenhuma menção às peculiaridades que acompanham cada fase e com isso esqueceram de abordar os diferentes deveres que deveriam acompanhá-los em cada fase de suas vidas.

Embora considerados necessários por constituintes conservadores a inserção de deveres no Texto Constitucional, ressalta-se que a Constituição não tem que mencionar uma declaração de deveres, paralela à declaração de direitos e acrescenta:

Os deveres decorrem destes na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar o direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria (SILVA, 2006, p. 151).

Percebe-se que não basta que o Estado prescreva direitos e garantias fundamentais destinadas aos menores sem propiciar os meios de sua efetivação através do efetivo cumprimento da legislação e fiscalização constante, responsabilizando aqueles que deveriam cumprir as determinações legais.

### 2.1.2.1 A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã” repensou os direitos da criança e do adolescente que em épocas anteriores foram na sua maioria, discriminados e excluídos.

A criação do artigo 227, mais significativo para análise neste estudo, deu-se em consequência de um milhão e meio de assinaturas, a partir da emenda popular denominada “Criança, prioridade nacional”, liderada pelo Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua e Pastoral do Menor (SEDA, 1993).

A população infanto-juvenil pobre e estigmatizada pelo regime totalitário finalmente foi lembrada e a redemocratização do país aconteceu devido à pressão dos movimentos sociais, dentre eles a mencionada emenda popular, contemplando agora a proteção integral à criança e ao adolescente. .

Alicerçado nas concepções de Carvalho (2010) cabe salientar que a doutrina de proteção integral claramente expressa no artigo 227 da Constituição Cidadã de 1988 foi reproduzida de forma semelhante no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe sobre os mesmos deveres não só da família, mas de toda a sociedade e do Estado, ambos dispostos a seguir:

Artigo 227: É dever da **família**, da **sociedade** e do **Estado** assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988). [GRIFO NOSSO].

Artigo 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

Pela redação do caput do art. 227 da CF nota-se que o objetivo do legislador foi impor à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, à criança e ao adolescente, seus direitos fundamentais, protegendo-lhes integralmente e pondo-lhes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa orientação constitucional é de que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária.

Este artigo constitucional, segundo Rossato, Leporé e Cunha (2011, p. 74):

[...] representa o metaprincípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, tendo como destinatários da norma, a família, a sociedade e o Estado. A família responsabiliza pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica e o Estado pelo incentivo à criação de políticas públicas.

E ainda com referência ao artigo em análise, ressalte-se que na elaboração do texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo repetiu quase que integralmente o teor do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

O parágrafo 7º. do artigo 227, da mesma Carta Constitucional, trata dos direitos à assistência social disposto no artigo 204, sendo este direito relacionado à saúde, à previdência e à assistência social, esses inspirados no artigo 26 da Convenção dos Direitos da Criança onde há a determinação de que todos os estados partes devem reconhecer direitos à

previdência social, ao seguro social e propiciar os meios adequados a nível nacional para efetivar esses direitos.

Note-se que a Constituição Federal orienta também a criação de leis ordinárias para o atendimento a pessoas deficientes, onde se conclui que estão também inseridas a crianças e o adolescente dentro de suas especificidades no caso daqueles acometidos por deficiências.

Na garantia constitucional dos direitos civis, políticos e sociais do cidadão, a Constituição Federal procurou orientar para esses direitos também dirigidos para a criança e para o adolescente.

Vale destacar que os direitos individuais estão vinculados ao não fazer do Estado, enquanto os direitos sociais impõem-lhe um fazer e uma maior positividade.

Silva (2006, p. 302) bem assinala que:

[...] os direitos sociais, como compreensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

No parágrafo 3º, ainda do artigo 227, da Constituição Federal de 1988, é clara a preocupação com a idade mínima de 14 (quatorze anos) para a admissão no trabalho, mas como aprendiz, considerando também as necessidades previdenciárias e trabalhistas e o acesso à educação sem prejuízos para o desenvolvimento intelectual desses adolescentes.

Todos os demais parágrafos do artigo 227 da Constituição Federal orientam para a doutrina da proteção integral assim como o artigo 228 que orienta sobre inimputabilidade penal. Também, o artigo 229 está totalmente embasado na proteção integral ao dispor que os pais devem assistir, criar e educar seus filhos menores, tendo os filhos maiores o dever de cuidar de seus pais e ampará-los na velhice e em situações de carência ou enfermidades que venham a ocorrer.

Assim, a Constituição Federal fez com que se abandonassem a política da “situação irregular”, a ser explicitada a seguir no antigo Código de Menores, e abriu as portas à proteção integral para a população infanto-juvenil brasileira com a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e sua promulgação em 05 de outubro de 1988, garantiu no bojo do seu artigo 227 uma série de direitos fundamentais para crianças e aos adolescentes, exigindo do legislador ordinário a elaboração de uma nova legislação que contemplasse e regulamentasse estes direitos constitucionalmente conquistados a fim de tornar realidade a política de proteção integral.

Foi graças aos movimentos sociais que o povo brasileiro de norte a sul do país, se sensibilizou para os problemas envoltos na vida das crianças e adolescentes brasileiros, mostrando o quanto a população ansiava por mudanças para abolir o antigo Código de Menores.

### **2.1.2.2 O Código de menores**

O Código de Menores de 1979 refletia a herança do período ditatorial. Considerada por muitos como uma lei discriminatória, pelo seu autoritarismo e pela centralização de poderes, deixou de lado muitas questões da efetiva proteção aos menores. Uma das aberrações do referido Código, para Carvalho (2010) era quanto à perda do pátrio poder, caso os pais fossem pobres e, supostamente, não pudessem sustentar e cuidar de seus filhos.

Num país de distribuição de riquezas tão díspares, deixavam de pensar nessas desumanas condições e buscar as devidas soluções para punirem os pais pelo simples fato de serem pobres sem nem mesmo compreenderem a razão disso.

É perceptível a associação da delinquência à pobreza e as reais causas que levavam o país às desigualdades sociais não eram encaradas como deviam para que fossem solucionados tantos problemas reincidentes. Somente as crianças pobres motivavam a tutela do Estado, porque as advindas de famílias abastadas já tinham proteção dada pelo conforto que o dinheiro poderia proporcionar-lhes em seus lares.

Porém, as divergências de sentido que se deram com o conceito entre infância pobre e adolescentes criminosos geraram infundadas violações aos direitos fundamentais mais básicos das crianças e dos adolescentes não só no Brasil, mas em todo o mundo e relata a literatura consultada que este conceito remonta à Europa do século XVIII. Mais precisamente no final do século XVII e início do século XVIII começaram a lançar um olhar diferenciado para a categoria infância que começou a fazer parte da vida em sociedade. Na Europa medieval tratavam a criança como verdadeiro adulto (CURY; AMARAL; MENDEZ, 2000).

Paralelamente às lutas em favor dos direitos humanos, os direitos das crianças e dos adolescentes foram também ganhando vulto como já demonstrado no início desta unidade.

O Código de Menores, anterior a 1979, era o de 1927, primeiro documento legal para a população menor de 18 anos, considerado discriminatório porque protegia somente as crianças, tidas como em estado de “situação irregular”.

Seu artigo 1º, assim dispunha: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código”. (BRASIL, 1927). [GRAFIA ORIGINAL].

Tanto uma quanto a outra legislação em análise, tratavam o menor de origem pobre como delinqüente numa perspectiva de que eles tinham tendências de não se adaptarem plenamente à vida em sociedade, mas na verdade o que se percebe é que esses meninos e meninas eram frutos da negligência do Poder Público em cumprir seus deveres com a população. Comum era ouvir serem chamados de carentes, infratores ou abandonados.

Por falta de critérios determinantes sobre a aplicação do Código de Menores, era de uso comum nas referidas legislações o termo “situação irregular” que permaneceu no Código de Menores de 1979. O significado do termo era para designar as crianças e adolescentes, de até dezoito anos, que tinham praticado atos infracionais ou em condições de maus tratos pelos seus familiares ou, ainda, em estado de abandono pela sociedade. O uso do termo demonstrava deficiência do referido diploma para tratar os problemas enfrentados por essas crianças e adolescentes em situação de riscos (BRASIL, 1979).

No entendimento de Saraiva (2003) a ideologia da “situação irregular” não estabelecia diferenças para cada situação em que se encontravam esses pequenos infratores. Eram todos mandados para instituições como a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), Serviço de Assistência a Menores (SAM) em decorrência das infrações cometidas ou por estarem abandonados por seus familiares sem terem cometido qualquer ato infracional.

Dessa interpretação das “situações irregulares,” crianças e adolescentes sem lar e sem apoio iam parar nas instituições apropriadas para infratores e ficavam sem atendimento às suas reais necessidades básicas. O código trazia como “situação irregular” o dispositivo do artigo 2º, da Lei n. 6.697/79, assim disposto:

Artigo 2º: Para os efeitos deste código, considera-se em situação irregular: privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração de atividade contrária aos bons costumes; privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; autor de infração penal (BRASIL, 1979).

Havia, assim, políticas diferenciadas para atender uma ou outra categoria, os filhos das famílias ricas, eram assistidos por seus familiares e os “menores” simples objetos da tutela estatal, com a proliferação de abrigos e internatos, locais onde se praticavam cruéis violações dos direitos humanos por não serem os abandonados separados daqueles que realmente desobedeceram a lei. Eram todos tratados da mesma forma: menores infratores e menores abandonados.

Assim, diante da repulsa da sociedade por essa legislação discriminatória, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente para reordenar a seara jurídica brasileira no que compete cumprir os princípios da Constituição Federal, de 1988, e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, já por vezes citada neste estudo, da qual o país foi signatário e porque não havia mais possibilidade do Código de Menores cumprir em razão de sua incompatibilidade com os ideais de cidadania e de dignidade da pessoa humana.

Carvalho (2010, p.67) assevera que hoje “com Estatuto da Criança e do Adolescente, a garantia dos direitos fundamentais e a proteção infanto-juvenil impõem considerar sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, recebendo atenção prioritária”.

E acrescenta o autor que não só a família é responsável em garantir prioridade de atendimento aos interesses desses brasileiros em formação, mas toda a sociedade como determina a carta Magna Constitucional.

Diferentemente do Código de Menores, as crianças e adolescentes de baixa renda não podem mais ser discriminados como seres de segunda classe, o que constitui afronta aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, um dos mais importantes tratados de direitos humanos, ratificado por todos os países membros da ONU com exceção dos Estados Unidos e da Somália, trouxeram novos paradigmas de interpretação do ser criança e do ser adolescente. Incompatível com os direitos humanos, o Código de Menores deu lugar a uma legislação concebida a partir do debate de idéias e da participação de vários segmentos sociais envolvidos com a causa da infância no Brasil que a sociedade já não mais aceitava.

### **2.1.2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente**

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, é uma mudança pontual na legislação. Através dele, foi dado um novo enfoque à proteção

integral, uma concepção sustentadora da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989, já mencionada anteriormente neste estudo.

O ECA (Estatuto de Criança e do Adolescente) regulamentou os direitos das crianças e dos adolescentes inspirados pelas determinações fornecidas pela Constituição Federal de 1988, trazendo em seu bojo uma série de normativas internacionais, dentre as quais se destacaram, em primeiro lugar a Declaração Internacional dos Direitos da Criança (Resolução 1.386 da ONU - 20 de novembro de 1959); -Regras mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing (Resolução 40/33 - ONU - 29 de novembro de 1985); Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da Delinquência Juvenil - diretrizes de Riad (ONU - 1º de março de 1988 – Riad). No artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente é considerada “criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (SILVA, 2002, p. 2).

Ressalte-se que no Brasil passou-se a perceber com mais dignidade a criança e o adolescente, sobretudo ao longo dos anos, tem-se construído uma concepção melhor assimilada pela sociedade e pelo Estado.

A proteção integral, antes ignorada, está expressa no artigo 1º que se fundamenta na interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, elevando aos mais altos patamares a validade e eficácia das normas que protegem a criança e o adolescente, fundamentados nas normas internacionais dos direitos humanos que contemplam em vários documentos esses direitos. As inspirações para o novo documento partiram, em primeiro plano, da Declaração Universal dos Direitos Humanos que se estendeu para a Declaração Universal dos Direitos da Criança, dando à criança brasileira e ao adolescente um novo tratamento jurídico, positivado com o direito fundamental (ROSSATO; LEPORÉ; CUNHA, 2011).

Os autores, acima descritos, chamam a atenção para alguns artigos constitucionais que falam da tutela das pessoas em desenvolvimento tais como, o artigo 6º. que dispõe sobre a proteção à infância no sentido de um direito social e o artigo 227 que contemplam a infância e a juventude, considerando-as como um momento especial na vida do ser humano, dando-lhes um tratamento diferenciado e status de “pessoas em situação peculiar de desenvolvimento”. Também atribue-lhes a titularidade de direitos fundamentais, designando ao Estado que atenda a esses dispositivos para atender à infância e à adolescência.

Diante do novel documento, crianças e adolescentes passaram finalmente a serem reconhecidos como cidadãos, com direitos pessoais e sociais garantidos, desafiando os

governos municipais a implementarem políticas públicas que venham a efetivar seus direitos determinados na Constituição Federal. .

Anteriormente, segundo Carvalho (2011) como havia duas categorias para designar esses brasileiros, os filhos socialmente incluídos e integrados eram denominados “crianças e adolescentes” e uma outra categoria, composta pelos filhos dos pobres e excluídos, genericamente denominados “menores”, que eram considerados crianças e adolescentes de segunda classe. A eles se destinava a antiga lei, baseada no “direito penal do menor” e na “doutrina da situação irregular”.

Segundo relata Mônaco (2004), a criança era vista como autêntica propriedade de seus pais, a quem competia dirigir, com vista ao destino eterno, o desenvolvimento da pessoa que fez nascer, sem nenhuma intervenção estatal.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, deixou de haver distinção de raça, classe social, ou qualquer forma de discriminação para proteger todas as crianças e adolescentes brasileiros. Passaram de simples objetos a serem “sujeitos de direitos”, considerados em sua “peculiar condição de pessoas em desenvolvimento” e a quem se deve assegurar “prioridade absoluta” na formulação de políticas públicas em todas as esferas administrativas do País.

Cumprir ainda destacar que as políticas públicas de atendimento às necessidades desses brasileiros, sujeitos de direito, precisam caminhar junto às mudanças legais, o que infelizmente não ocorre. A realidade de descaso do Poder Público com esses menores é anunciada a cada dia na mídia escrita e falada.

O quadro abaixo ilustra como são violados ainda hoje, mesmo depois de tantas esperanças sociais com o Estatuto da Criança e do Adolescente, os direitos das crianças e adolescentes brasileiros, deixando-os expostos aos riscos de uma sociedade onde cresce a impunidade, principalmente dos mais poderosos. Ainda são muitos os casos de abandono e descaso do Poder Público com a falta de Políticas Públicas para a promoção da proteção integral à criança e ao adolescente brasileiro.

Quadro 1: Síntese dos direitos da criança e do adolescente e das principais violações.

<b>Direitos Fundamentais</b>	<b>Principais Violações</b>
Convivência familiar e comunitária.	- Crianças e adolescentes em situação de rua, moradores ou não, com ou sem vínculo familiar. - Crianças sem registro civil e indefinição de paternidade. - Institucionalização e abrigo prolongado de órfãos, abandonados e de adolescentes em conflito com a lei.
	- Aliciamento de crianças e adolescentes para várias atividades

Liberdade, respeito e dignidade.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Submissão a práticas institucionais irregulares.</li> <li>- Abuso sexual e Exploração sexual.</li> <li>- Tráfico de crianças ou adolescentes.</li> <li>- Violência doméstica.</li> <li>- Utilização de crianças e adolescentes na mendicância.</li> </ul>
Educação, cultura, esporte e lazer.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deficiências no acesso à educação e exclusão escolar.</li> <li>- Deficiências no acesso a programas de esporte, lazer e cultura.</li> <li>- Ausência ou impedimento de acesso à educação infantil</li> <li>- Má qualidade do ensino ofertado.</li> <li>- Deficiências na qualidade das medidas socioeducativas, privativas ou não de liberdade, aplicadas ao adolescente infrator.</li> <li>- Deficiências no atendimento educacional aos portadores de necessidades especiais.</li> </ul>
Vida e saúde.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deficiências no atendimento pré e perinatal.</li> <li>- Deficiências no sistema de vacinação.</li> <li>- Mortalidade e desnutrição infantil.</li> <li>- Gravidez e paternidade precoce.</li> <li>- Drogadição.</li> <li>- Doenças sexualmente transmissíveis e AIDS</li> <li>- Mortalidade infanto-juvenil por causas externas (homicídios)</li> <li>- Deficiências no atendimento de saúde aos portadores de necessidades especiais.</li> <li>- Habitações precárias.</li> <li>- Saneamento básico precário.</li> </ul>
Profissionalização e Proteção no trabalho.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Exploração do trabalho infantil e adolescente- ilegal ou aviltante</li> <li>- Deficiências no acesso a programas de capacitação profissional.</li> </ul>

Fonte: Simões (2000)

O quadro demonstrado sugere uma reflexão sobre o artigo 19 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro 1990, que trouxe em seu artigo 19 importantes deveres conferidos aos Estados-Partes, ou seja, as medidas a serem tomadas para efetivar direitos e garantias das crianças ao mencionar que deverão ser eficazes e trazer os efeitos esperados para atender suas necessidades:

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. 2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos

acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária (BRASIL, 1990).

É reconhecida a necessidade de cuidar da criança e do adolescente, dando-lhes total segurança para desenvolverem com condições de viver e conviver socialmente, pois representam o futuro da nação. Entretanto, reconhecer sem atuar não faz nenhuma diferença para esses brasileiros. Mudar leis sem preocupar com as reais condições de vida deles e de suas famílias não vai dar respostas eficazes para a população que anseia melhor qualidade de vida para todos.

O caráter prioritário assegurado pela Constituição Federal de 1988, com vistas à proteção integral para proteger os tutelados da ameaça ou violação de direitos fundamentais, que não mais privilegia uma determinada classe social, acaba se restringindo à letra da lei, a mudanças, a simulações de melhorias sociais.

Pelos ensinamentos de Molaib (2006, p. 2) evidencia-se que:

A Doutrina da Proteção Integral criada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança deve reger o atendimento à criança e ao adolescente, requerendo um conjunto articulado de ações por parte do Estado e da sociedade que vão desde a concepção de Políticas Sociais até a realização de Programas locais de atendimento, implementados por entidades governamentais ou não governamentais. Tendo em vista que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos no Brasil de hoje e que não estão eles, por si sós, capacitados para exigir que se concretizem tais direitos, os problemas relativos à criança e ao adolescente devem ser priorizados pelo governo e pela sociedade.

As crianças e os adolescentes menores de dezoito anos requerem, pela sua diferente situação psíquica e emocional, algo diverso de sua mera equiparação aos adultos em matéria de garantias processuais. Requerem uma abordagem interdisciplinar que interprete cientificamente os traços de seu comportamento, de suas clássicas técnicas de ensaio e erro, de suas bizarras identificações, de suas reações paradoxais, de suas buscas de limites, de suas necessidades de afirmação da crescente personalidade.

O meio tem um papel relevante na formação da criança e do adolescente com influências positivas ou negativas e, a maioria das famílias brasileiras, que precisam lutar pela sobrevivência, não têm recursos suficientes para promover a educação necessária à formação integral de seus filhos.

A finalidade do Estatuto da Criança e do Adolescente é a proteção integral da criança até 12 anos de idade e o adolescente de 12 anos até 18 anos, e excepcionalmente o

menor entre 18 e 21 anos com segurança e garantia de seus direitos fundamentais. Esses direitos são inerentes à pessoa humana e por isso, devem ser respeitados, tanto pela família quanto pela sociedade e o Estado, ressaltando qualquer dano causado, será passível de responsabilização.

Note-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe sensíveis mudanças na forma igualitária de proteção para a criança e para os adolescentes brasileiros, sendo esta a finalidade para atender os princípios da Constituição Federal de 1988.

A norma expressa no artigo 101 combinado com o artigo 2º, ambos do referido Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhecem certa capacidade de discernimento, ainda que reduzida, em pessoas maiores de 12 (doze) anos e menores de 18 (dezoito) anos, possibilitando que lhes sejam aplicadas as denominadas medidas socioeducativas (JESUS, 2006).

Ressalte-se ainda que tais medidas destinadas a adolescentes infratores, apesar de carregarem o discurso de que não possuem caráter punitivo, implicam, na prática, verdadeira punição, principalmente quando se trata de internação em estabelecimento educacional.

Ao dizer que o menor de dezoito anos não pode sofrer sanção penal, o Estado adota, corretamente, postura protetiva, porém enaltecendo de forma demagógica a impossibilidade, de punir adolescentes. O tratamento jurídico conferido a menores infratores constitui, por isso, espécie de controle social punitivo institucionalizado, como discurso, porém, não punitivo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002).

Analisando-se o tema pela realidade prática, a imposição de medidas socioeducativas encontra respaldo na doutrina do direito infracional, a qual considera que estas possuem finalidade puramente educativo-pedagógica (ISHIDA, 2010).

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever a possibilidade de aplicação das referidas medidas a adolescentes, com finalidade educativa-pedagógica, reconhece nessas pessoas a capacidade de reflexão prévia sobre suas condutas e de assimilação das respectivas conseqüências, pois, se assim não fosse, as medidas socioeducativas possuiriam caráter meramente retributivo, em detrimento do sistema de proteção integral à criança e ao adolescente.

E vale ainda registrar que as crianças e os adolescentes têm sido motivo de estudo no âmbito das legislações, doutrinas e jurisprudências em todo o mundo tendo em vista as mudanças de comportamentos e condutas que vêm despertando o interesse sobre suas participações em crimes de inúmeras naturezas, levantando questionamentos sobre a proteção, mas também sobre a punição por seus atos prejudiciais à sociedade.

Na França hoje, o tratamento dado ao menor infrator é bastante severo, a sociedade vem exigindo mudanças na legislação penal no sentido de apenar com mais rigidez os menores infratores.

Em 2008, os jornais franceses noticiaram a entrega de um relatório à Ministra da Justiça, Rachida Dati, que exigia aplicação de penas de prisão a partir dos 12 anos de idade para adolescentes que cometerem crimes e o mesmo relatório previa que menores entre 16 e 18 anos sejam julgados por tribunais penais comuns, os mesmos que julgam os crimes cometidos por adultos.

A ministra afirmou que “um menor precisa de autoridade”. Isso representaria uma inovação importante para o direito francês e deve ser examinado minuciosamente. Houve reação contrária dos magistrados franceses por meio de manifestação da União Sindical de Magistrados que consideraram uma “uma visão reacionária e repressiva da infância”. “A pena de prisão, na quase totalidade dos países europeus, só é aplicada a partir de 14 anos.” (FERNANDES, 2008, p.1).

O que se percebe nesta informação é que mesmo as crianças já apresentam condições de saberem discernir entre o bem e o mal, o que é ruim ou bom para si e para os demais, se assim não fosse, todos seriam infratores porque não sabem o que fazem.

Pode parecer exagero a proposta, mas partiu de algum fundamento de pessoas da sociedade que analisam o comportamento da criança e do adolescente pós-moderno em meio a tantas informações.

Também no Brasil já se sinaliza para mudanças de paradigmas na legislação penal com relação à idade do infrator para que se possa separar aquele que precisa de proteção daquele que precisa de medidas severas por atos cometidos contra a sociedade.

Enquanto os gastos vão para os menores infratores, os que estão esquecidos com a má qualidade na educação e na saúde, ficam cada vez mais prejudicados. O menor infrator é legalmente mais protegido do que o menor que realmente precisa de proteção e amparo legal.

Volta-se a frisar que o mundo midiático traz cotidianamente muitas informações para crianças e adolescentes e principalmente para as famílias e, na verdade, o que mais necessita a sociedade é de leis mais rígidas e não mais numerosas e polêmicas.

O entendimento de que, no Brasil, todas as crianças e adolescentes devem ser tratados da mesma forma tendo em vista a proteção integral constitucionalmente garantida, coloca no mesmo patamar todos eles e assim, acaba por tornar discriminatória a legislação infanto-juvenil de proteção. Levando à análise de que todos têm o mesmo comportamento e conduta.

É surpreendente constatar que um país dessa dimensão e de características multiculturais como o Brasil, a sociedade permanece adstrita a uma legislação, com constantes mudanças, especialmente com relação ao artigo 217-A do Diploma Penal, incapaz de considerar as diferenças entre adolescentes e crianças, essas até mesmo pela compleição física e entendimento do mundo circundante, são incapazes de se defenderem, mas aqueles apresentam particularidades mediante cada caso que se envolvem com crimes ou são vítimas.

Para um melhor entendimento das mudanças pelas quais tem passado a política do menor no Brasil, o estudo prossegue com as mudanças nos artigos 224 da Lei n. 2848 de 1940 e da Lei n. 12.015 de 2009, que geraram polêmicas pela forma como foram modificados com vistas à proteção da criança e do adolescente, mas sem deixar de verificar e abordar os direitos de todo e qualquer cidadão garantidos constitucionalmente e também inspirados pelos direitos humanos fundamentais.

### **CAPÍTULO 3 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA**

O ser humano, desde que dotado de consciência e sublimado à cultura que o distingue dos outros seres vivos, sempre se mostrou individualmente irredimido às necessárias regras de convivência social, no dilema a respeito de seus próprios desejos egoísticos e da conduta exigível entre seus pares. A fim de obter a satisfação de suas conquistas pessoais, sempre chegou a utilizar da violência como instrumento para seus desejos, econômicos ou morais, a todo momento a se impor, subjugando o outro que vem a resistir, seja de forma física, seja psíquica, a *'vis absoluta'* e a *'vis compulsiva'*.

Uma das formas de violência sempre se caracterizou como ato de força, brutalidade, agressividade, contra algo ou alguém. Em geral, a violência resulta da ação ou da força irresistível, praticada na intenção de atingir a um bem jurídico protegido sem a anuência do seu titular.

Em face dos delitos de estupro, em que a violência real ou presumida seja necessária para compor a tipicidade, esta aparece como elemento do crime usada para cercear a resistência ou o consentimento da vítima, seja eventual ou real, sendo que a primeira se caracteriza pela atuação imediata da força, em seus diversos aspectos, e a segunda, é decorrente do conjunto de princípios e motivos sociais, jurídicos e psíquicos.

Na primeira espécie de violência, denominada de violência real, onde o agressor emprega violência e a vítima se vê impossibilitada de resistir, rendendo-se, sem consentir, aos desejos do violador. Contudo, na segunda espécie de violência, denominada de violência presumida, onde não ocorre o emprego de violência física, mas sim um ato praticado com alguém que não seja capaz de consentir ou, até mesmo, sem discernimento para o mesmo, que é o caso dos menores de 14 anos, denominados de vulneráveis.

Pode-se afirmar que a violência está vinculada à resistência da vítima ou ao seu dissenso, bem como ao consentimento inválido. Este é o mesmo que oposição; necessário que permaneça presente durante todo o ato violento, ao contrário daquela, que é o dissenso no seu aspecto dinâmico, é a contraprova da violência como elemento integrante do crime, que não necessita estar presente quando da violência.

Como visto acima, a vítima exerce função fundamental nos crimes de conotação sexual, ocasião em que seu dissenso ou consentimento irá determinar qual seja a conduta realizada pelo violador.

Será feita uma abordagem, do emprego de violência presumida no que tange ao consentimento dos menores de 14 anos de idade e sua evolução entres os mais diversos códigos penais.

### **3.1 Da evolução da presunção de violência nos códigos de 1830 a 1940**

Desde os tempos mais remotos retratados na história, a temática que envolve os “crimes sexuais” tem sido objeto de preocupação de inúmeras sociedades civilizadas em todo o mundo. Já houve época em que esses crimes eram punidos de forma severa.

Relatos antigos mostram que a presunção legal de violência nos crimes contra a criança já existiam no Direito Romano, presentes na compilação jurídica que o Imperador Justiniano denominava de *Corpus Júrís Civilis* e adotado por vários ordenamentos, de forma diversificada, em decorrência de cada realidade social, restringindo-a a uma determinada idade com vistas a que o menor tivesse condições para decidir quanto à sua sexualidade.

No Brasil, o Código Imperial (1830), previa no artigo 219: Deflorar mulher virgem, menor de 17 anos (BIANCHINI; MOLIN; GOMES, 2009).

Conforme pontuado por Noronha (1999, p. 224) “encontra-se na história também que na legislação hebraica, aplicava-se a pena de morte ao homem que violasse mulher *desposada*, isto é, prometida em casamento”. Também era punido da mesma maneira quem praticava “violência carnal” contra mulheres na Grécia, em Roma (com a *Lex Julia de vi publica*), na Espanha (com a *Fuero Viejo*) e na Inglaterra.

Em 1890, a presunção de violência tornou-se de grande relevância com a vinda do Código Penal naquela época, cuja presunção expressa era contra menores de 16 anos. Contava na doutrina majoritária que antes de 16 anos o menor não tinha capacidade de discernimento.

Diante dessa determinação, o agente não podia usar os recursos apropriados para sua defesa. Configurado o ato, mesmo sem a presença de violência e ameaça, na prática da conjunção carnal, em razão da idade, a situação fática seria passível de pena.

Com advento do Código Penal de 1940, cuja vigência perdura até os dias atuais, a presunção de violência contra menores de 16 anos foi refeita, sendo então tutelada a pessoa de 14 anos, sugerindo que o legislador pretendia adequar os novos critério para os avanços sociais, mudanças que foram bem vistas pela nova visão em que se inseria a família na época de sua criação (BIANCHINI; MOLIN; GOMES, 2009).

Tendo em vista a admissão do critério absoluto da presunção, cujo fundamento foram inúmeras decisões dos tribunais, a lei se posicionou no propósito de que seria irrelevante o desenvolvimento físico e mental do menor, sem importar ainda sua contribuição para o ato sexual, utilizando o critério idade de 14 anos para adoção do caráter absoluto no julgamento da questão em que se envolvia a vítima. Cumpre ressaltar que no Brasil, o crime de estupro, por exemplo, era severamente punido pelas Ordenações Filipinas (1603) com a pena morte. Ainda com embasamento nos estudos de Noronha (1999, p.22), sabe-se que a pena de morte era mantida, inclusive, se o agressor se casasse com a vítima. “O Código de 1830, contudo, abrandou a punição e previu a pena de prisão de 03 a 12 anos para quem mantivesse cópula carnal por meio de violência ou ameaça com mulher honesta”.

Previo o legislador brasileiro no Código Penal de 1940, proteção penal especial em caso de afronta à liberdade sexual dos menores, que, por serem incapazes de consentir, não podem “querer” ter qualquer tipo de relação sexual. Surge, assim, o instituto da presunção de violência.

Em seu art. 224 aduzia que se presume a violência, se a vítima não é maior de quatorze anos; é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência, observando nestes casos a chamada violência ficta (NORONHA, 1999).

Após a Proclamação da Independência do Brasil em 1822, surgiu, em dezembro de 1830, o denominado Código Criminal do Império do Brasil, que teve como base os Códigos da França (1810), Austrália (1803), Baviera (1813), Nápoles (1819), Parma (1820) e Espanha (1822). Neste Código penal Imperial não constava a chamada presunção (DOTTI, 1988).

No Código Criminal de 1830, os crimes de natureza sexual vinham com a rubrica do Título II “Dos Crimes contra a segurança individual”, e no capítulo II, seção I, especialmente, cuidava-se do estupro; nesta ordem, o artigo 219 apontava que “deflorar mulher virgem, menor de 17 anos: pena- de desterro para fora da Comarca em que se residira a deflorada, por 1 a 3 anos, e de dotar a esta”. Igualmente, ainda que a mulher não fosse virgem, mais possuísse idade inferior a 17 anos, o artigo 224 impunha a mesma pena àquele que seduzi-la. Casos assim bastava possuir a mulher ser menor de 17 anos que, independente da violência, o crime estava caracterizado (ALMEIDA, 1870).

O Código de 1830 não previu especificadamente casos de violência ficta. A Consolidação das Leis Penais limitava, no art. 272, a presunção à menoridade de dezesseis anos. Em comentários ao Código Penal brasileiro de 1830, já lembrava Gusmão (1915, p. 266) apud Silveira (2008, p.313) que a única hipótese da chamada violência presumida

prevista pelo nosso legislador, ou violência inductiva, como alguns a denominam, *stuprum nec voluntarium, nec violentum*, é o de menor de 16 anos vítima de conjunção carnal, caso em que sempre e presume, *juris et de jure* que o ato carnal foi praticado com violência, quer seja a menor honesta ou desonesta e haja ou não sido conjunção carnal consensual, e seja virgem ou não.

Conforme Costa Júnior (2001), Carpzovio, um prático da Idade Média por ter sido também denominada de violência ficta ou indutiva, baseado em dois textos do Digesto, uma de Celso: aquele que não pode querer, logo não quer (*qui velle non potuit, ergo noluit*) e outra Pompônio, que dizia que os dementes e interditos têm vontade nula, logo, os atos libidinosos praticados contra os menores e doentes mentais têm caráter violento. Esta foi a orientação adotada pelo legislador e apoiada por Hungria (1954).

Porém, o próprio Hungria (1954) informa que em substituição à teoria de Carpzovio, criou-se, na doutrina e no direito positivo alemão, ao lado do *stuprum violentum*, a figura do *stuprum nec voluntarium* ou Schandung, isto é, a conjunção carnal, sem violência, com mulher alienada, embriagada ou adormecida, ou com impúbere. O Código Imperial alemão prevê a Schandung no mesmo parágrafo em que prevê o atentado violento ao pudor e equipara ao *stuprum violentum* o ato sexual com mulher pré-ordenadamente colocada pelo agente em estado de inconsciência.

No ano de 1889, foi proclamada a República e a abolição da escravatura e, no ano de 1888 surge a necessidade de uma nova reestruturação do Código Penal, originando, assim, o Código Penal Republicano em 1890. Foi em seu artigo 272 que surgiu primeiramente a presunção de violência nos crimes sexuais, que se aplicava aos atos sexuais praticados com menores de 16 anos (HUNGRIA, 1954).

Esclarece o autor acima referenciado que por força do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, passou a vigor o Código Penal Brasileiro, este repreendia a violência com o fim da satisfação sexual, sob a rubrica do Título VII, Capítulo I, “Da violência carnal”. A exemplo do que hodiernamente reza a Carta repressiva, a presunção da violência se fez presente no artigo 272, assim redigido: “Presumi-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida for menor de dezesseis anos.

Observa-se que o legislador diminuiu o critério para caracterização da violência ficta de 17 anos para 16 anos. Desde então, foram criados novos preceitos, com o objetivo de defender a liberdade sexual, que surgiram como conseqüência da evolução do homem e

ordenamento jurídico, tornando sua conduta cada vez mais delimitada, a qual por sua vez, reflete nas sanções cominadas.

Um ano após o surgimento da Constituição de 1937, Alcântara Machado elaborou o anteprojeto do novo Código Penal, o qual foi submetido a uma comissão revisora integrada por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra; tendo sido aprovado e publicado em 31 de dezembro de 1940 (DOTTI, 1988).

### **3.1.1 Da violência presumida no Código Penal de 1940 e a vigência da lei n. 12.015/2009**

As presunções se dividem em legais ou jurídicas, classificadas em relativas ou absolutas, e presunções judiciais.

As denominadas presunções judiciais são conhecidas como presunções de fato estando vinculadas à verdade real e não à prova.

Há também a Presunção legal que é afirmativa da lei de que o fato é existente ou verdadeiro, independente de prova. A doutrina classifica as presunções legais como: presunções absolutas ou denominadas de *iure et de iure*, são aquelas que não admitem prova em contrário, como bem adverte Pierangelli (1992), interferem no critério do livre convencimento do juiz e, conseqüentemente, na investigação da verdade real. Não admitem impugnação, não são contrariadas por provas. Os atos e fatos deduzidos por presunções absolutas são tidos como verdadeiros.

Nessa definição seria inútil tentar provar ou contestar essa presunção de direito, presunções relativas ou presunções *iures tantum*, são as que admitem prova em contrário, sendo que o ônus caberá àquele que se beneficia da contraprova.

No entanto, as presunções ao contrário das provas retiram do Juiz qualquer possibilidade de valoração e inviabiliza o estabelecimento da verdade real.

A presunção de violência estava prevista no anteprojeto de Alcântara Machado no artigo 293, nos seguintes termos: Presumir-se-à a violência, não se admitindo prova em contrário, quando a vítima de qualquer dos crimes definidos nos dois capítulos precedentes: I – for menor de 16 anos; II – tiver mais de 16 e menos de 18 anos, e for descendente ou tutelada do agente ou estiver sujeita à autoridade, guarda, cuidado ou vigilância dele, por motivo de educação, tratamento, emprego ou custódia; III – encontra-se em estado de alienação mental, ou de inconsciência, ou de inferioridade física ou psíquica, provocado ou

não pelo agente, que lhe impossibilite ou enfraqueça a resistência. § único – Não haverá, todavia, presunção absoluta de violência; I – nos casos dos números I e II do § 1º, se a vítima for mulher pública; II – no caso do nº III, se o agente não conhecer, nem tiver motivo para conhecer o estado da vítima (OLIVEIRA, 1938).

É de suma importância na violência ficta ou também chamada de presumida, conceituar o que vem a ser violência. Em regra, a violência quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual, praticada na intenção de obrigar outra pessoa a fazer algo contra a sua vontade, ou seja, praticar qualquer ato sexual sem seu consentimento. Esse conceito será tratado no tópico seguinte com melhores definições.

Entretanto, a violência presumida é considerada uma ficção jurídica de um constrangimento físico ou psíquico que não ocorreu.

No Brasil, o Código Penal de 1940 estipulava em seu extinto artigo 224, três específicas possibilidades de violência presumida. São elas: se a vítima não for maior de 14 anos; se for alienada ou débil mental; se, por qualquer causa, não puder oferecer resistência.

Protegendo-se de forma global os hipossuficientes, menciona-se, no primeiro caso, uma defesa genérica a *innocentia consilii*, como era da própria Exposição de Motivos do Código Penal, em seu item 70;

[...] na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (art.224) quando a vítima: a) se a vítima não for maior de 14 anos; b) se for alienada ou débil mental conhecendo o agente esta circunstância; se, c) acha-se em estado de inconsciência (provado, ou não, pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. (BURGESS-JACKSON, 1999 apud SILVEIRA, 2008, p. 26).

Pautam suas fundamentações, tendo como critério absoluto o da presunção de violência. Caminharam vagarosamente as posições jurisprudenciais, mas essas decisões eram no sentido de que seria irrelevante o desenvolvimento físico e mental do menor, não importando se este provocou o réu para o ato sexual.

Para Silveira (2008), o projeto divergia substancialmente da lei aplicada na época: reduz, para efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção. Com a redução do limite de idade, o projeto atendia à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais.

Com a redução da faixa etária de 16 anos para 14 anos, evidenciou um avanço para o Código penal, cujas razões estão expressas na Exposição de Motivos que alega que a precocidade do conhecimento sexual evidencia um fato social e contemporâneo.

O fundamento da ficção legal da violência, no caso das adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inocência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade e negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se presta à lascívia de outrem.”Cf., de todo modo, também as considerações trazidas à baila na realidade norte-americana por (BURGESS-JACKSON , 1999, apud SILVEIRA, 2008, p. 26).

A ciência define que o menor teria capacidade de entender melhor sobre questões de natureza sexual na faixa etária acima dos quatorze anos, tendo em vista que é a chamada fase da puberdade, quando esses adolescentes expressam transformações fisiológicas e psicológicas que estabelecem a maturidade.

O que não pode ser deixado de lado é o fator familiar e regional, afinal cada adolescente tem a sua criação e convive com os mais diversos meios e incentivos para um crescimento precoce até adquirir a fase adulta. Por isso, a fixação de faixa etária para definir se o adolescente entre os 12 anos a 14 anos incompletos teria ou não discernimento para a prática sexual sem violência, é algo que gera grandes discussões no meio jurídico.

A verdade é que o legislador fixou o critério etário como fonte para imposição legal, tornando objetiva a avaliação da violência e criando uma ficção jurídica de que todos os infantes abaixo de 14 anos de idade são inocentes e não apresentam maturidade suficiente para compreensão das implicações do ato sexual, ou da vida sexual em geral e suas nefastas conseqüências sociais.

Pode-se notar que a faixa etária de 14 anos fixada no nosso ordenamento jurídico bem como no Português, Alemão e Italiano é de 14 anos, sendo que no Italiano era de 12 anos e com a última reforma fixou a referida idade de 14 anos. Já no Código Argentino, Paraguai, Uruguai, Mexicano e Chileno, fixaram a faixa de 12 anos. Já o Código Espanhol, fixou a idade de 13 anos.

É de suma importância, ainda de forma sucinta, relatar sobre as demais modalidades de vítimas previstas no extinto artigo 224 do Código Penal. Nos casos de a vítima ser alienada ou débil mental ou não poder oferecer resistência, não causam tantas dúvidas na doutrina. A primeira, possuindo obrigatoriedade no próprio tipo penal, do conhecimento, por parte do agente, das particularidades da vítima, já intui a pormenorizada análise factual do caso concreto.

No caso de o sujeito ativo desconhecer a particular situação de hipossuficiência de sua vítima, estará ele excluído de responsabilidade penal. Muitas vezes, em havendo um grau de debilidade que, a princípio, não possa ser percebido às claras, pode suscitar a dúvida quanto à má-fé do agente, e assim excluída, estará da apreciação penal.

Nesse diapasão, a lei portuguesa ao incriminar o abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, configurada como crime a prática de “ato sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado de incapacidade”, distingue-se da avaliação quanto à incapacidade mental dada a sua diversa teleologia e funcionalidade dogmática, podendo haver existir anomalias que conduziriam à inimputabilidade, mas que não constituiriam incapacidade para “formar e exprimir a vontade da vítima no sentido de resistência ao ato sexual.” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 439).

Desta forma, Dias (2006, p. 311) complementa que “justifica-se que não seja sentido do tipo impedir a vítima que sofre uma anomalia mental de toda e qualquer atividade sexual com outra pessoa: sempre que aquela seja capaz de formar a iniciativa dele, não há aproveitamento para efeito do tipo”.

Contudo, vale salientar que um aperfeiçoamento da lei deveria acontecer em razão de se impor, através da atual determinação, castidade total aos portadores de debilidade ou alienação mental. Percebe-se que se determina de forma absoluta a presunção da violência nos casos em que esses indivíduos estão envolvidos. Porém, embora acolhida a idéia pela doutrina daquele momento, não era entendida como a mais apropriada.

Mesmo tendo tomado a lei penal também o princípio e fundamento da *innocentia consolii*, aqui o faz de modo mitigado, cabendo explicitamente, prova em contrário. Igualmente caso a vítima não possa oferecer resistência, também se defronta com situação relativa. A grande latitude, mencionada por Hungria, diz respeito a uma incapacidade de resistência, transitória ou permanente, que pode se abater sobre uma pessoa, à qual se dá, pois, proteção à sua liberdade de autodeterminação sexual, como é o caso de sonolência, ingestão de drogas ou mesmo temor reverencial (PRADO, 2004; HUNGRIA, 1954).

Contudo, o que realmente gera e gerará eternamente discussões no meio jurídico, são as considerações quanto à idade da vítima. Conforme já elucidado acima, a Exposição de Motivos do Código de 1940 era clara ao afirmar que a diminuição da idade-limite à presunção de violência, tida na legislação anterior em 16 anos, justifica-se, já que “com a redução do limite de idade da vítima, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais”.

Desta forma, observa-se que na reforma do Código de 1940, foi necessário, por causa da evolução sexual dos adolescentes e o avanço comportamental da época, reduzir a idade da vítima de 16 anos para 14 anos de idade nos crimes de conotação sexual.

O que nos chama atenção é o fato da preocupação dos juristas à época, quanto ao desenvolvimento sexual dos jovens entre 14 anos a 16 anos, chegando ao consenso de que seria necessária a redução para serem denominadas de vítimas incapazes de consentir ato sexual. O que trouxe para a época provavelmente uma estabilidade no meio jurídico afinal, os membros do projeto justificaram as alterações, o que veremos mais adiante que não ocorreu com tanta segurança às mudanças ocorridas em 2009.

A positivação dos direitos infanto-juvenis, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, é que realmente adquiriu força e abriram-se as grandes discussões quanto a idade do adolescente precisamente entre os 12 anos a 14 anos e seu discernimento para consentir a prática sexual, se seria essa violência presumida de natureza relativa admitindo provas em contrário ou de natureza absoluta sem qualquer forma de argumento no campo das provas.

Assim, permaneceu até o ano de 2009 o Título IV do Código Penal intitulado “Dos Crimes Contra os Costumes”, cujo objetivo era tutelar a moralidade e a eticidade nos comportamentos sexuais, proteção àqueles que teriam idade entre 14 anos incompletos a discussão, se teria discernimento para práticas sexuais ou não.

Esse pensamento foi analisado por Hungria (1954, p. 245) que assim o descrevia: “o que a lei se propõe a tutelar, in *subjecta matéria*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado experiência social em torno dos fatos sexuais”.

Trata-se de um pensamento que seguia as concepções presentes no Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940).

Foram exatamente 60 anos de discussões sobre mudanças no Código Penal em vários de seus dispositivos, não somente quanto aos crimes de estupro e atentado violento ao Pudor. Desta forma, a própria denominação precisaria ser adaptada aos tipos penais para atender às pretensões da lei no sentido de proteger adequadamente o bem jurídico.

O direito é algo dinâmico e não para no tempo, necessário se faz que se adapte a evolução da sociedade. E a sociedade vive em constante mudança, inclusive no que se refere ao comportamento sexual dos adolescentes entre a idade de 12 anos a 14 anos.

Buscando sanar a problemática da presunção de violência se teria natureza absoluta, não comportando prova em contrário ou caráter relativo, possibilitando prova em contrário, construiu-se um tipo penal autônomo intitulado de estupro de vulnerável, previsto no artigo

217-A do nosso Código Penal Brasileiro, observando-se que o incapaz de consentir validamente para o ato sexual obteve uma denominação própria, qual seja, vulnerável.

Com o advento da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que criou o artigo mencionado acima, provocou intensas alterações no Direito Penal, entre elas, a que provocará maior controvérsia novamente entre as jurisprudências e doutrinariamente, será a natureza jurídica da vulnerabilidade, como já elucidado.

A *novatio legis* criou no nosso ordenamento jurídico o delito “estupro de vulnerável”, que em sua forma simples tem a pena de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. O Direito Penal não pode conviver com conceitos abstratos, pois o mesmo não permite interpretação extensiva e nem o uso da analogia *in malam partem*. Portanto, o conceito de “vulnerável” deverá ser nos termos da lei, ou seja, bem objetivo.

O legislador criou dois conceitos para vulnerável, o primeiro para fins de configuração do delito de estupro previsto agora no artigo 217-A, com as mesmas pessoas e situações do extinto artigo 224; o segundo conceito para fins de configuração do delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (artigo 218-B do CP), sendo alguém menor de 18 (dezoito) anos; alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone.

Em realidade, no conceito de vulnerável para fins do estupro, o legislador apenas estipulou as antigas hipóteses que a lei considerava casos de presunção de violência elencadas no extinto artigo 224 do Código Penal Brasileiro, podendo ser denominado com a mudança de apenas presunção de vulnerabilidade.

Entretanto, não se vai apagar a própria etimologia do termo estupro, que significa coito forçado, violação sexual empregando violência física ou moral, entrando novamente no campo da violência presumida.

A proteção dada em especial aos menores de 14 anos de idade, considerados com a vigência da Lei n. 12.015/2009 de vulneráveis, continuará a despertar debates no meio jurídico, tendo em vista que o legislador continua vinculado ao fator idade há décadas, não sendo capaz de evoluir, observando o desenvolvimento dos jovens nos dias atuais, ignorando o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente que ao mesmo tempo protege o infante maior de 12 anos de idade, aplica ao mesmo, medidas repressivas quando viola direito de terceiros ou do próprio Estado.

### 3.1.2 Da natureza absoluta e relativa da presunção de violência

Quando da vigência do extinto art. 224 do Código Penal em 1940, no que diz respeito a menor idade da vítima, tanto a doutrina quanto a jurisprudência nunca foram uniformes na época em definir essa natureza jurídica. A conclusão de que uma presunção é absoluta ou relativa gerou uma disputa acirrada nas doutrinas e nas jurisprudências.

Existiam três correntes doutrinárias que discutiam acerca da presunção de violência nos crimes sexuais contra pessoas não maiores de 14 anos. Para os partidários da primeira corrente, a presunção de violência prevista no extinto art. 224 “a” do Código Penal, no que diz respeito à idade da vítima, é de natureza Absoluta, ou seja, é *iuris et de iure*, e conseqüentemente, não podiam ser admitidas quaisquer provas que a contrariassem. O consentimento da vítima não era considerado válido pela tese da ficção jurídica da incapacidade de consentir (FRANCO; STOCO, 2007).

A utilização do critério absoluto gerou inúmeras decisões injustas e incoerentes, já que em muitos casos, a pessoa não teria condições de avaliar a idade do parceiro em decorrência do seu desenvolvimento físico e mental, pois a formação dos jovens a cada dia era precoce.

Vale assinalar que a despeito dessa problemática, a presunção absoluta acolhida por uma vertente do direito penal tem como fundamento o positivismo jurídico e o moralismo que impera na esfera penal sexual. Pelo simples fato de mencionar a presunção, deu-se início à idéia de que essa concepção deve ser seguida sem nenhuma indagação. Não se permite nenhum questionamento por absoluta interpretação de ser o sexo e a sexualidade de menores de idade considerados como inatingíveis.

Há de se imaginar, o caso de uma pessoa menor de 14 anos, a qual, por sua própria compleição física, acaba por vir a trabalhar em prostíbulo. Um seu eventual cliente por certo não poderia ser penalmente responsável, até por situação de evidente erro.

Na interpretação de (HUNGRIA, 1959, apud GOMES, 1996) em oposição a Noronha, ocorrendo dúvida sobre a idade da vítima, se acaba em expressa situação de dolo eventual ou, em se utilizando a expressão peninsular, *chi arrinschia, vuole*. Exceção a isso se daria, unicamente, em casos de uma prostituta de porta aberta, sem máscaras, e de quem nunca haveria suspeitar quanto à idade. Havida tal consideração, nunca deve pleitear por uma visão absoluta, mas sempre relativa.

Ainda neste contexto, a simples e tecnicista escolha aleatória de uma idade pode variar conforme os desejos do legislador, sendo de se verificar, hoje, sensível alteração desde o Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio do qual se considera criança aquela menor de 12 anos. Quer pelas possibilidades de excepcionar as regras absolutas, quer por fragilidade no conceito, tudo enfim parece um tanto vago.

Diversos autores clássicos ponderavam que a anteposição de um limite fixo para a definição da violência presumida, ainda que justificável, não seria justo, jurídico, tampouco logicamente aceitável que isso se dê de forma *juris et de jure* (GUSMÃO, 1954).

Ponderável, assim, sempre a avaliação *ex post* do ocorrido sob pena de gritante injustiça. As críticas colocadas por (MELLO, 1936, apud SILVEIRA, 2008) quanto à transferência do conceito de violência presumida ao elemento subjetivo, deram-se em momento anterior à transmutação da apreciação subjetiva à tipicidade tida no finalismo, configurando este em elemento bifronte: tipo objetivo e tipo subjetivo.

Silveira (2008, p. 221) manifesta-se de forma pertinente ao tema em análise:

A questão de sua aceitação, atualmente, implicaria na exclusão da tipicidade da conduta em um segundo grau de investigação, ou seja, quando da apreciação do que diz respeito ao tipo subjetivo. Basilar se torna, em consideração de situação similar, de expurgo do próprio tipo objetivo, verdadeiramente desconstituindo-se o primeiro grau de imputação. Parece, pois, evidentemente correta a colocação de que a preocupação quanto à presunção de violência se dê no contexto do tipo objetivo, cabendo, conforme o caso, a exclusão da própria idéia conceitual do crime, o que também é aceito em outras legislações, apesar da aparente proteção de caráter absoluto.

Alicerçado no pensamento de Nucci (2010), seguidor parcial desta corrente, não se pode deixar de levar em consideração a intenção do legislador, ao elaborar uma norma penal, baseada em fatos da vida social e em elementos colhidos pela experiência do cotidiano, podendo eleger parâmetros para a aplicação da lei penal, exatamente como fez no caso da inimputabilidade penal dos menores de 18 anos.

A jurisprudência não se mostrava tão retraída acerca dessa corrente, sendo inúmeros julgados que manifestaram sua adesão a ela, senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - DELITO CARACTERIZADO - VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS - **VIOLÊNCIA PRESUMIDA é ABSOLUTA** - RECURSO DESPROVIDO. - 'Incide na sanção do art. 213, c/c o art. 224, 'a', do CP o réu que mantém conjunção carnal com uma menor de quatorze anos de idade, ainda tendo nascido desta relação um filho, assumido e registrado pelo increpado- 'A

**VIOLÊNCIA** ficta, ou seja, aquela que é **PRESUMIDA** pelas circunstâncias do art. 224, 'a', do CP, tem caráter absoluto, despidendo aferir, pois, o consentimento da vítima para o ato. Em igual diapasão, especificamente quanto ao consentimento da menor de quatorze anos ao ato sexual, o Superior Tribunal de Justiça, reiteradas vezes, tem entendido que a referida **VIOLÊNCIA PRESUMIDA** é, de fato, **ABSOLUTA**, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor nessa faixa etária, em razão de sua incapacidade volitiva.

Ementa: PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 10.215 /09. **VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO PROVIDO.** 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a **presunção de violência**, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta.(Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, STJ, REsp 1021634 SP 2008/0003201-1- TO).

Segundo a própria Exposição de Motivos do Código Penal (nº 70), no ano de 1940, o fundamento da existência da ficção legal “no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”.

Alicerçado em Gomes (1996) é pertinente ressaltar que a ausência de consentimento válido também serviu de fundamento para estender a presunção ao alienado ou débil mental, e em relação a eles não havia dúvida na doutrina sobre a relatividade da presunção.

Sobe esse ponto de vista, era irrelevante a experiência sexual do menor ou suas condições individuais, havendo sempre a presunção de invalidade de seu consentimento por ter sido essa a opção do legislador, entre outros, como uns dos defensores do caráter absoluto da presunção (FARIA, 1961).

Para alguns doutrinadores, essa tendência era, no mínimo, fundamentada em hipocrisia atual, nos tempos em que os meios de comunicação que conduzem a uma vida desregrada onde prevalece o sexo e a sensualidade da mulher, chegando-se a confundir a promiscuidade e a vulgaridade.

Havia uma segunda corrente sustentando a inconstitucionalidade desta norma penal, uma vez que nada poderia ser presumido em matéria penal, a ponto de ofender a responsabilidade penal subjetiva ou o próprio princípio da presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça se manifestou a cerca da inconstitucionalidade do extinto artigo 224 do Código Penal, no Resp 46.424, por desprezar a responsabilidade subjetiva; sendo intolerável a responsabilidade objetiva:

EMENTA: RESP - PENAL - ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA. O direito penal moderno e direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. E fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com **presunções de fato**, que se recrudescça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem, corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. **Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva.** Na hipótese dos autos, entretanto, o acórdão fundamentou a condenação na conduta do réu, que **teria** se valido de grave ameaça para conseguir o seu intento. (Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Resp 46.424, D.J.U. 08.08.1994) [GRIFO NOSSO].

Em seus estudos Gomes (1996) desenvolveu uma argumentação em prol desta teoria, que, resumidamente, se embasava nos aspectos seguintes: a presunção de violência ofende diversos postulados constitucionais, como os princípios de fato, da culpabilidade e da inocência e por violar os precitados princípios, não conta com a legitimidade constitucional dentro do nosso Estado Democrático de Direito, tal presunção, por isso mesmo, não tem valor jurídico, pois não foi recepcionada pela Magna Carta de 1988.

Na referência ao extinto art.224 “a”, o autor afirmava que essa norma é inconstitucional, em sua opinião, se não existiu violência não pode haver estupro, por exemplo. Nem a lei pode mandar que seja presumida, porque aí o sujeito é punido pelo que não fez, pelo que não aconteceu, por algo apenas imaginado pela norma (TELES, 2004).

No mesmo sentido, Eluf (1999) salientava que essa teoria foi criticada por essa e por outras razões. Assim, fortaleceu-se o entendimento de que a presunção de violência é inconstitucional.

E para Costa Júnior (2001), o pensamento se manifestava no mesmo jaez, ao assegurar que no direito penal atual descabe a presunção de fato, não podendo punir pelo não cometido. É impensável um crime sem elemento subjetivo, e, destarte, a presunção *iuris et de iure*, entra em confronto com princípios constitucionais.

Discordando das posições, a idéia de uma presunção absoluta é incompatível com a Constituição. Primeiro violaria o princípio constitucional do contraditório, a afirmação da existência de um fato sem que as partes pudessem demonstrar o contrário. Violaria também, o princípio da ampla defesa ao impossibilitar o réu de produzir provas que demonstrasse que o fato era mentiroso.

A jurisprudência, na época, manifestava-se igualmente nesse entendimento: o princípio do contraditório e a presunção que não admite prova em contrário, *iuris et de iure* são noções antiéticas. Assim, a Constituição de 1988 não recepcionou a presunção *iuris et de iure* para a exegese do extinto art.224, a, do CP. Violência ficta haverá, sim, quando a vítima, na faixa etária cogitada, for mesmo incapaz de consentir (BRASIL, 1988).

Vale lembrar que no Código Penal de 1890, presumia-se a violência quando a vítima era menor de dezesseis anos, tendo o Código de 1940 reduzindo essa idade para 14anos. Percebe-se que na medida em que o tempo foi avançando, a sociedade passou a ser mais liberal e mais informada sobre a sexualidade, por isso, justificou-se a redução da idade de presunção de violência.

Ademais, o legislador não teve outra opção a não ser a redução na idade da vítima de 16 anos para 14 anos, tendo em vista que na década de 1830, que inspirou o legislador no Código de 1940, as meninas de 16 anos não tinham o mesmo comportamento daquelas da época da reforma de 1940. E no que tange à natureza absoluta está não foi reconhecida tendo em vista a própria exclusão do termo “não admite-se prova em contrário”.

Com relação a presunção de violência com natureza relativa denominada de *juris tantum*, a grande maioria dos doutrinadores e das jurisprudências passaram a entender a melhor aplicabilidade dessa natureza por não ferir normas constitucionais. A melhor prova da aplicabilidade dessa natureza encontra-se na própria alteração ocorrida na reforma do Código Penal de 1940 retirou a expressão “não se admitindo prova em contrário”.

No entanto, no início da vigência do Código Penal de 1940, passou-se a entender que a presunção de violência possui caráter relativo, sendo que argumentou Hungria (1954) que a melhor prova da alteração foi a supressão, por parte da Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado, da expressão “não se admitindo prova em contrário” inserta na referida norma. Entendeu-se, assim, que se o legislador adotou a presunção relativa nas hipóteses inseridas nas alíneas b e c, não seria de boa técnica não admitir esse entendimento também em relação à alínea a.

Segundo a lição de Costa Júnior (2001), a presunção de violência elencada no extinto art. 224 do CP não é absoluta, admite, assim, prova em contrário. Dessa forma, não configura

crime se a menor tiver experiência sexual ou caso já tenha praticado com outras pessoas, for sem poder, sem moral, corrompida, ou comportar-se de forma repreensível. A presunção sempre será relativa, admitindo prova em contrário.

A primeira vez que a Suprema Corte brasileira considerou a presunção de violência relativa foi no julgamento do *Habeas Corpus* 73.662-9/MG, cujo relator Ministro Marco Aurélio, em seu voto deixou consignado que:

[...] Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias, não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir [...].

A realidade social sofreu grandes transformações, muito se discutiu a respeito da natureza jurídica da presunção de violência, mas a verdade é que o legislador fixou o critério etário como fonte para a imposição legal, tornando objetiva a avaliação da violência e criando uma ficção jurídica de que todas as infantes abaixo desta idade são inocentes e não apresentam maturidade suficiente para compreensão das implicações do ato sexual, ou da vida sexual em geral e suas nefastas conseqüências sociais.

Na mesma linha, Bártoli (1992, p. 412) assinalou:

É mais do que evidente que nos dias atuais não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à adolescência, continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser tema preconceituoso e até 'imoral' de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque: na família, onde é discutido livremente, até por questão de sobrevivência, em virtude do surgimento e disseminação de moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o 'status' de matéria curricular, e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto quase que corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema 'sexo' flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com menos de 14 anos de idade uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a 'rechaçar' as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.

O uso de um critério etário não pode servir como única forma de identificar a capacidade de compreensão de um adolescente no campo sexual, pois a realidade social

sofreu grandes transformações no que se refere a sexo. Hoje, discute-se de forma livre em diversos lugares em que crianças e adolescentes se encontram inseridos de modo que não consegue afirmar se tal pessoa com 13 anos ou 16 anos seja insciente sobre as coisas do sexo, tudo está relacionado de forma subjetiva, cada qual com seu desenvolvimento.

Karam (1996, p. 282), adverte, ainda, que a presunção de violência acaba por funcionar como circunstância inibidora da sexualidade daqueles que supostamente a norma diz proteger. Afirmo, também, que a intervenção do sistema penal deve ser limitada à finalidade de proteção da pessoa, de forma a “garantir a cada indivíduo o livre exercício de sua sexualidade, o que, naturalmente, não se compatibiliza com a proibição de se manterem espontâneas e consensuais relações sexuais com pessoas menores de quatorze anos”.

Parte da doutrina e das jurisprudências entendia que a natureza jurídica da presunção de violência tinha caráter absoluto, enquanto a outra parte entendia que tinha caráter relativo. Se fosse absoluta, bastasse a introdução do pênis na vagina da suposta vítima de apenas 13 anos para considerar que houve o crime de estupro, e o réu não poderia provar que não ocorreu a violência. Se fosse considerada relativa, a promotoria continuaria a não ter que provar que não tinha ocorrido a violência, pois esta era presumida pela menoridade da vítima, mas permitiria que o réu demonstrasse que a vítima tinha total conhecimento dos prazeres carnis e inclusive já tinha uma vasta experiência com outras pessoas.

Segundo Malatesta (1995) frise-se, que não se deve aceitar a presunção como fonte de certeza criminal, já que tal procedimento pode fomentar o desprezo pela prova, mostrando que sem ela se pode chegar à certeza, e ainda porque a presunção, não considerada como argumento probatório, não revela a sua verdadeira natureza, e adquire por isso na consciência do juiz leviano uma importância exagerada.

### **3.1.3 Da terminologia “violência” e seus aspectos legais nos crimes sexuais**

O extinto artigo 224 do Código Penal trazia em sua estrutura a denominada violência ficta ou presumida, expressão essa pouco reconhecida em nosso ordenamento criminal por se tratar de uma presunção imaginária, incapaz de afetação direta de a um bem jurídico e gerar a este uma lesão irreversível, exemplificado pelo próprio artigo 213 do Código Penal que trata de uma violência real, capaz de deixar marcas pelo resto da vida.

Deve-se observar que o extinto artigo 224 não fazia menção ao emprego de violência real como meio para se atingir a integridade sexual da vítima, mas sim a presunção desta. Por

isso, é importante definir o que vem a ser violência que, segundo a concepção clássica, é o emprego de força física de energia física-, por parte do agressor, sobre a energia física do ofendido. Falava-se, ainda, que ela poderia abarcar os atos contra a vontade, mediante vontade viciada, atos em que esta é indiferente ou mesmo em que componha ela o fato típico (BITTENCOURT, 2011).

Porém, essas concepções clássicas não consideravam as inúmeras possibilidades para a configuração da violência e muito menos ofereceram outras situações para sua presunção ou presença indireta. Não se pode deixar de considerar a polissemia de seu conteúdo que sinaliza para várias modalidades de ocorrência.

Conforme o pensamento de Estanol Vidal (2002), o século XX conheceu toda uma ampliação de atuações violentas, o que acaba por gerar, com decorrência, novas e sempre presentes indagações. Um exemplo claro a ser tido é o próprio grau de violência que é visto em relações anteriormente proibidas ou reprimidas como as de cunho sadomasoquista ou situações de própria infringência de dor física como busca de transformações corporais espontâneas, como implantes, *piercing* funcional em órgãos genitais para intensificar o prazer do indivíduo, tatuagens, com tinta ou fogo, ou escoriações, mudança de sexo.

Na atualidade, de forma diversa do passado, Manzini (1996) salienta que se pode perceber uma tensão existencial entre a percepção interpretativa descritiva e uma normativa teleológica da violência. No passado, afirmava-se que a violência, em contrapartida à ameaça, destaca-se pelo real emprego de uma energia física em pessoa ou coisa.

Complementa o autor referenciado que tal como consta na origem etimológica do termo, seu conceito está relacionado à força- vis- que sobrepõe a capacidade de resistência física da pessoa vis corporalis, configurada, no entanto, se houver a ameaça sobre ela vis compulsiva, caso em que a força mostra-se como simples constrangimento psicológico mediante a integralidade física da vítima.

Todavia, tais considerações, referentes ao estado ou uso da violência não podem mais se limitar a uma interpretação estreita, fazendo a distinções entre força física e força psíquica em razão de outros aspectos a serem considerados como as características físicas, pessoais além da inconstitucional e relativa (SÁNCHEZ TOMAS, 1997).

Verifica-se, em contra partida, que esses delitos sexuais, envolvendo a força física presumida, exigem não a ação do sujeito ativo contra o passivo, mas sim um manifesto dissenso da vítima por questões de sua tenra idade, o que faz diferenciar dos crimes sexuais violentos que para sua configuração necessitam de um dissenso expresso pela sua resistência ao ato sexual.

Referenciando ainda o autor acima, cumpre salientar que no âmbito da sexualidade, entende-se que costumeiramente a força física coagente-violência ocorre quando supera a resistência da vítima. Em qualquer outra situação divergente dessa, empregada em terceira pessoa ou iniciada, o que se nota é a idéia de coação psicológica na vítima, diante de uma atitude de ameaça. Por conseguinte, o exercício de força dar-se-á direcionado à pessoa, em verdadeiro caráter pessoal, opostamente o sentido de violência será eliminado. Ao se considerar que a força é o meio comissivo direto de um atentado à liberdade de autodeterminação sexual de um indivíduo, é necessário a *prima principia*, ou seja, in consentida.

Diante da violência física, a vítima geralmente se depara com a impossibilidade de defesa e resistência, mesmo não consentindo, não lhe resta alternativa a não ser se render aos prazeres do agressor. Assim, nada poderá fazer a vítima que com uma arma apontada em direção a sua cabeça é obrigada a praticar atos sexuais dos mais diversos, a não ser pensar em sobreviver.

São vários os motivos que conduzem à idéia de se considerar presumida a força na esfera sexual. A existência de possibilidades da ocorrência de força está presente em inúmeras legislações, percebendo-se que o real exercício de ato contrário à vontade da vítima é uma realidade, mas sob outra visão, segundo as condições pessoais e características que distinguem os seres humanos, pode-se presumir que esta não ocorreu. Colocam-se poucos questionamentos ao primeiro comentário, porém, o segundo sinaliza para dúvidas e várias indagações.

Percebe-se que as discussões encontram-se focadas na alteração da vontade da vítima. Nesse sentido, o que se percebe é a referência a um ato de força, no seu caráter objetivo, de violência ou subjetiva, de ameaça que configurados incidirão sobre a proteção do bem jurídico protegido, sendo, portanto reprovada tal atitude.

Ademais, há casos em que não são considerados os requisitos obrigatórios para que se configure a força, que na visão do legislador, torna-se uma questão de presunção, mesmo sem sua constatação objetiva. Para o legislador, basta que seja a situação de ocorrência subjetiva, pois admite ter sido a vítima tolhida de sua capacidade de resistência e isso pressupõe vitimada de violência.

Tendo em vista que a *vis corporalis* (resistência física) e a *vis compulsiva* (ameaça) têm como meta primordial a defesa da falta de capacidade de resistência de uma alegada vítima, se não houver possibilidades dessa resistência, não há de se mencionar presunção odiosa. Ou seja, a violência é o meio necessário para vencer o dissenso de outrem,

impossibilitando o consenso. Assim, a violência deveria se mostrar anterior e permanente em qualquer situação em pessoas essa impossibilidade. Assim, já expressava (Carpsóvio) : *qui velle non potuit, ergo noluit* (quem não podia consentir, dissenteu) (CARRARA, 1947 apud SILVEIRA, 2008).

Hungria (1954) procurando explicar esse conceito e tendo por base a lei italiana, considerava inválido o consentimento dos menores de quatorze anos de idade. Na verdade dois sistemas podem ser encontrados para promover a tutela dos interesses de hipossuficientes. O primeiro diz respeito ao uso do instituto da presunção de violência. O segundo equipara a violência à falta de consentimento válido.

Diante das afirmativas dos doutrinadores, não se pode deixar de observar que, a cada dia, a precocidade dos adolescentes se torna um desafio para os estudiosos, afinal as influências da mídia, as músicas, novelas, palestras fazem com que os mesmos se tornem uma poderosa arma de sensualidade avassaladora inclusive destruindo lares, restando evidente que o próprio comportamento e discernimento desta vítima não pode ser comparado aos dos adolescentes de 1940.

### **3.2 Do discernimento e consentimento (in)válido nos crimes sexuais**

O legislador, no extinto artigo 224, alínea “a”, do Código Penal de 1940, seguindo o critério *juris et de jure*, conforme tratado em tópicos anteriores, constatando que em razão da falta de capacidade de discernimento da criança sobre o assunto na época de sua elaboração, visa protegê-la de abusos ou explorações cotidianas.

Ademais, o critério a ser usado não poderia ser considerado correto ou incorreto, já que tem por objetivo a proteção do infante com base em uma faixa de etária, afinal, cada adolescente tem um desenvolvimento próprio quanto à maturidade, ficando humanamente impossível prever uma data ou época para que possa externar o consentimento.

Pode-se, nesse sentido considerar que o adolescente, ao mesmo tempo em que é protegido segundo disposições do extinto artigo 224, alínea “a”, do Código Penal de 1940, pelo critério *juris et de jure*, tem violado o seu direito de autodeterminação caso adquira a maturidade sexual antes dos 14 anos, sendo coibido da sua liberdade sexual.

Para evitar que sofra traumas psicológicos é que se o caracteriza de forma absoluta o princípio da violência sexual, sobretudo porque os distúrbios psicológicos e fisiológicos que

podem originar de uma relação sexual precoce, mesmo com seu consentimento, venha a ocasionar uma série de traumas futuros e de caráter irreversível.

Constata-se, pela análise do tema, que a presunção de violência sexual contra o menor de 14 anos, objetiva deixá-lo em liberdade para desenvolver de forma saudável a personalidade sexual e para isso, precisa de proteção da família, da sociedade e do Estado. Seu discernimento sobre as conseqüências da prática de atos sexuais é frágil em razão da imaturidade e inexperiência. Porém, não se pode deixar de registrar que por razões diversas, existem aqueles que em matéria sexual, encaram a presunção de violência como algo repressor, já que esta os priva de sua autodeterminação sexual para a qual já se encontram preparados, pois cada pessoa tem seu desenvolvimento físico e psicológico diferente da outra.

É uma forma muito subjetiva equiparar seres humanos como sendo iguais em matéria de amadurecimento sexual, da mesma forma quanto aos adolescentes num momento em que a informação chega de Norte a Sul nos lares do território brasileiro com a expansão da tecnologia.

No que diz respeito à presunção de violência, informa Silveira (2008) que é o sistema da equiparação, que os Códigos italianos, o de Zarnadelli e o de Rocco vieram a imitar, com repúdio do antigo Código sardo. Repita-se tanto vale fingir ou presumir a violência quanto assimilar a ela a falta de **consentimento válido**. Em complemento, aduz Fragoso (1959, p.544) que os dementes e interditos tem vontade nula e que o pupilo nem quer, nem deixa de querer, para significar que sua vontade é, juridicamente, irrelevante. Na base disso, Carpzovio formulou o célebre princípio *qui velle non potuit, ergo noluit* quem não pode querer, conseqüentemente dissente, isto é, não quer, equiparando, assim, ao estupro o atentado ao pudor não violento, de menores e loucos (CARRARA, 1947 apud SILVEIRA, 2008).

Esta teoria foi largamente seguida pelos autores e acolhida na Legislação Penal. Demonstrou-se que o incapaz de querer é também incapaz de não querer, não havendo por que se presumir o dissenso. Assinalou por outro lado, o perigo de argumentar-se em matéria criminal como os critérios do direito privado, lição até hoje não compreendida por certos penalistas.

Em célebre concurso à Cátedra de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 23 de novembro de 1936, deu-se real embate de posições. De um lado, o professor (MELLO, 1936, apud SILVEIRA, 2008, p. 218), sustentou a tese de a presunção ser de caráter absoluto, de outro lado, (MOTTA, 1936, apud SILVEIRA 2008, p.218) assegurou pela presunção relativa.

Ainda considerando o pensamento de (MELLO, 1936, apud SILVEIRA, 2008, p. 218) vale ressaltar que dava-se verdadeiro amparo a uma tese que, em anos posteriores, acabou por gerar muitos reflexos na área penal. Aduzia que mesmo que se faça a prova de que a menor consentiu livremente, que livremente permitiu que atentassem contra o seu pudor, ou com ela mantivessem cópula, ou que a tirassem do lar doméstico para fim libidinoso, não aproveitará essa prova ao transgressor da lei penal, porque esse consentimento não pode ser recebido como espontâneo, não deve ser acolhido como livre, já pela idade da vítima, principalmente pela sua vida de recato, o que leva à convicção de que não poderia compreender, de forma alguma, o alcance daqueles atos, cuja gravidade a sua inexperiência não poderia avaliar. Nesse primeiro ponto, não há divergência. Elas surgem na apreciação de outro aspecto que a questão apresenta. Nessa primeira hipótese, tratava-se de moça de vida honesta, que livremente consentiu.

Entretanto, o autor do texto em estudo considera pertinente alguns questionamentos como: E se sua vida fosse desgraçada? Se fossem dissolutos seus costumes? Se fizer prova convincente de que ela era dada as práticas desonestas? Que freqüentava lugares suspeitos? Que vivia com pessoa de vida errada? Que era, enfim, prostituta? Continuam as leis a proteger quem se tornou indigna de sua proteção? No resolver esse ponto é que se estabelecia a divergência. Agora o argumento que nos parece decisivo e que, custa a crer, não foi ainda, segundo pensamos, aduzido. Dizem que a presunção deve ser condicional porque, se não aceita, levaria ao absurdo de se punir uma pessoa que mantivesse cópula carnal, num lupanar, e com menor de 16 anos que fizesse comércio de seu corpo.

A esse respeito cumpre ponderar: a pessoa que mantivesse relações sexuais nas condições aludidas não poderia ser de forma alguma punida, não porque tivéssemos de concordar que a presunção do extinto art. 272 não era absoluta, mas sim porque não teria ela, ao praticar o aludido ato, intenção criminosa. O nosso Código Penal resolve a questão. Resolve-a negativamente. Aqui estava o extinto art.224 do nosso Estatuto Penal: as ações ou omissões contrárias a lei penal, que não forem cometidas com intenção criminosa, não serão passíveis de pena (MELLO, 1997).

De outro lado, (MOTTA, 1936, apud SILVEIRA, 2008, p. 218), assegurou pela presunção relativa. Vencedor o primeiro, dava-se verdadeiro amparo a uma tese que, em anos posteriores, acabou por gerar muitos reflexos na área penal.

É de se ressaltar, segundo Silveira (2008), no entanto, que, diversamente do Código Penal de 1940, a incapacidade de consentir prevista no Código de 1830 era atribuída aos menores de 16 anos. Afirmava-se, à época, que a presunção de violência, em matéria sexual,

era indiscutível, houvesse ou não consentimento da vítima, conhecesse, ou não, o agente a idade da vítima na data do fato. A afirmação era justificada porque a lei considerava o menor até a idade de dezesseis anos como incapaz de consentir livremente, inadmissível sendo qualquer indagação de sua honestidade ou bons costumes, pois estes pressupunham o conhecimento do mal, coisa que não se podia esperar em uma pessoa menor daquela idade. É bem verdade que a realidade já do Código de 1890 era bem diversa, como também o era a realidade social de então.

É pertinente ressaltar que alguns países, em especial os latinos, verificaram os fatos ocorridos na sociedade moderna quando dispuseram a presunção de violência em seus Códigos Penais, “e estipularam o marco da capacidade de consentir no ato sexual abaixo dos 14 anos”, como por exemplo, a Espanha e a Argentina, ao estipularem a presunção de violência quando o menor não seja maior de 13 anos. Já os Códigos Penais do Chile, do Paraguai, do México, de Costa Rica determinaram a idade limite de 12 anos.

Essas ponderações demonstram como a legislação penal vem procurando acompanhar a evolução das sociedades que mudam suas concepções e idéias comportamentais a cada época e influenciada pelo direito comparado.

Nas discussões anteriores ao Código Penal de 1940, Hungria (1954) apud Silveira (2008), como membro da Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado, postou-se em defesa da supressão da expressão “não se admitindo prova em contrário”. Não seria de se admitir a inexorabilidade da presunção nem verdadeira responsabilidade sem culpa.

### **3.2.1 Da jurisprudência sobre violência presumida**

É pertinente a essa análise trazer para a pesquisa as decisões dos Tribunais, com a finalidade de demonstrar o receio dos Desembargadores e Ministros em julgar casos envolvendo menores de 14 anos em crimes sexuais sem o emprego de violência ou grave ameaça, presumindo em um ato consentido pelo adolescente, considerado presumido e violento.

Nos acórdãos apresentados abaixo, serão alisados se teria natureza relativa ou absoluta a presunção de violência; se teria ao não discernimento o menor de 14 anos para a prática de atos sexuais; ou se seu consentimento seria válido ou não.

Em matéria de natureza relativa e absoluta, era a posição do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais até o ano de 2009.

As jurisprudências conservadoras adotavam o critério de prova o *iuris et de jure*, a que se refere ao critério da presunção de violência absoluto.

Ressalte-se o entendimento do Tribunal de Justiça de Goiás, no julgamento da Apelação Criminal n.º14194.0.213, D.J.E. 11.04.95, cuja relatoria do Desembargador Juarez Távora de Azeredo Coutinho, optou pela presunção absoluta.

EMENTA: Recurso de apelação. Estupro. Violência presumida. Se a pessoa ofendida, nos crimes sexuais, não for maior de catorze anos, presume-se por avaliação feita pelo legislador, que o autor do crime atuou com violência, ainda que na realidade tal não tenha ocorrido. A presunção legal absoluta da violência deve prevalecer, afastada qualquer dúvida sobre a maturidade da ofendida em se tratando de menor sem auto determinação no campo sexual, incapaz de decidir, com liberdade dada sua pouca idade e sem condições pessoais para repelir propostas feitas pelo namorado. Recurso improvido.

A segunda corrente, que atualmente é considerada entre os doutrinadores a mais eficaz quanto à aplicação da lei, é a da presunção da violência relativa, *juris tantum*.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - MENOR DE 14 ANOS - **VIOLÊNCIA PRESUMIDA** - PRESUNÇÃO RELATIVA - ABSOLUÇÃO - POSSIBILIDADE. A presunção de **VIOLÊNCIA** de que trata a alínea "a" do art. 224, do Código Penal, é **RELATIVA**, de tal sorte que, se comprovado que a conjunção carnal ocorreu de comum acordo, sem que tenha havido qualquer tipo de **VIOLÊNCIA** ou grave ameaça, não há que se falar em crime de estupro, pois a inexistência da "innocentia consilii" afasta a presunção de **VIOLÊNCIA**. [...] A presunção legal, contida no art. 224 do CP, não é absoluta, mas **RELATIVA**". Tem-se entendido, no que tange à idade da vítima que, no caso de erro, em razão de seu porte físico, ou mesmo na hipótese em que a pessoa ofendida for prostituta ou de proclamada corrupção, ou ainda, quando se demonstre, de modo a espancar qualquer dúvida, que tinha maturidade para se autodeterminar no campo **SEXUAL**, nenhuma vinculação existe entre o fato indiciante (idade não maior de catorze anos) e o fato presumido (**VIOLÊNCIA**). Da mesma forma, se houver prova de que o agente não tinha possibilidade de conhecer a alienação ou a debilidade mental da ofendida, ou se houver prova de que sobrava ainda à vítima capacidade de resistir, a presunção legal de **VIOLÊNCIA** cairia por terra. Todos os fatos indiciantes, referidos no art. 224 do CP comportam, portanto, prova em contrário. Recurso provido. Antônio Armando dos Anjos 1.0232.03.002797-2/001 15/07/2009. Nada obstante a orientação advinda do enunciado da Súmula nº 63 aprovada à unanimidade pelo Grupo de Câmaras deste Tribunal de Justiça ser no sentido de que "presunção de **VIOLÊNCIA** prevista no artigo 224, "a", do CP não é absoluta", entendo que essa relativização deve ser analisada caso a caso e concedida excepcionalmente, sob pena de se banalizar a proteção da norma penal, evitando-se com isto outros efeitos danosos decorrentes desse ato, tais como, a prostituição infantil, a gravidez indesejada na adolescência, o abuso contra a criança e o adolescente, ou seja, toda a proteção objetivada pela norma constitucional, prevista no artigo 227, §4º, da Constituição

Federal, estaria comprometida- (Ap. 1.0123.06.015399-6/001) Rel. Hebert Carneiro-18-09-2009).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MATERIALIDADE E AUTORIA - VÍTIMA-MENOR DE 14 ANOS - **VIOLÊNCIA PRESUMIDA**- PRESUNÇÃO **RELATIVA DE VIOLÊNCIA** - AUSÊNCIA DE **VIOLÊNCIA** OU COAÇÃO - PROVA DE EXISTÊNCIA DE ALGUM TIPO DE RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE OS ENVOLVIDOS - CONHECIMENTO DA VÍTIMA A RESPEITO DE ATOS DE NATUREZA **SEXUAL** COMPROVADA - CONSENTIMENTO EXPRESSO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO - VOTO VENCIDO. - Com base na relativização da presunção de **VIOLÊNCIA** prevista no art. 224, alínea 'a' do CP, o consentimento expresso da vítima e seu conhecimento a respeito de atos de natureza **SEXUAL** têm o condão de descaracterizar o delito de estupro no caso concreto, a ensejar a absolvição do acusado.V.V: - A menoridade da vítima elide o consentimento válido para a prática de atos sexuais, subsumindo-se a hipótese à presunção de **VIOLÊNCIA** prevista no art. 224, a, do CP, esta de caráter absoluto. Precedentes do STF. - Não há espaço para a absolvição sob a alegação de erro plenamente justificado quanto à idade da vítima quando a escusa não foi, sequer, cogitada pelo agente, que afirma conhecer a vítima há bastante tempo, não havendo provas que justifiquem o erro de tipo (Des. Júlio Cezar Gutierrez). (Rel.Delmival de Almeida Campos 08/06/2011, Ap. nº 1.0471.05.040375-0/001).

Por meio dessas decisões, restou demonstrado que a maioria das Câmaras Criminais do Tribunal Mineiro inclinava para o reconhecimento da relativização da natureza jurídica da presunção de violência envolvendo os adolescentes entre 12 anos a 14 anos de idade. Ademais, o Tribunal de Minas Gerais editou a súmula nº 63 aprovada por todas às Câmaras Criminais e demonstrou que a natureza jurídica da presunção de violência teria caráter relativo.

O Supremo Tribunal Federal também caminhou para a relativização da natureza jurídica da presunção de violência prevista no pretérito artigo 224 do Código penal, após o Ministro Marco Aurélio se manifestar no Habeas Corpus n. 73.662/1996.

EMENTA: ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO- **VIOLÊNCIA PRESUMIDA** - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal. (grifos ora assinalados) Ministro Marco Aurélio, do Habeas Corpus n.º 73.662 - MG, D.J.U. 20.09.96.

Pertence ao tema ressaltar, ainda, o entendimento do Relator Desembargador Adalto Dias Tristão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no julgamento da Apelação Criminal n.º008920004580, em data de 23.11.94, com sua posição sobre a relatividade da presunção de violência no caso em tela:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - VIOLÊNCIA FICTA OU PRESUMIDA. Vítima que possui compleição robusta, aparentando ser mulher formada. Restou provado que o apelado foi por várias vezes procurado pela vítima, para com ele manter relações sexuais. O apelante é pessoa humilde que laborou em erro quanto à idade da moça que o procurava insistentemente para com ele manter congresso carnal. E da jurisprudência não configurar estupro, por violência presumida, quando a vítima, apesar da tenra idade, além de tomar a iniciativa para o ato sexual, apresentava ser mulher formada. Apelo improvido, a unanimidade.

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE ESTUPRO PRATICADO CONTRA MENOR, COM TREZE ANOS DE IDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONHECIMENTO E INDEFERIMENTO. ORDEM DE HABEAS-CORPUS CONCEDIDA EX-OFFÍCIO: CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO. 1. No caso de estupro praticado contra menor de 14 anos, a violência, que é circunstância elementar do crime (CP, art. 213), não precisa ser real, pois é presumida pela Lei (CP, art. 224, a). 2. Inocorrência, no caso, de qualquer peculiaridade especialíssima que possa justificar a mitigação do rigor da norma, a fim de que não seja feita injustiça. 3. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido. 4. Ordem de habeas-corpus concedida ex-offício em face da extinção da punibilidade, pelo casamento da vítima com terceiro, eis que o crime foi praticado sem violência real ou grave ameaça e que a vítima demonstrou, expressamente, desinteresse no prosseguimento da ação penal (CP, art. 107, VIII; RI-STF, art. 193, II). (Habeas Corpus n.º 74700 - PR, D.J.U. 09.05.97, Relator Ministro Maurício Correa).

Portando, era grande a discussão sobre como se aplicar a regra da presunção da violência nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, sendo aplicada em sentido absoluto, *juris et de jure*, sem admissão de prova em contrário, ou então de forma relativa, *iuris tantum*, ficando a critério dos aplicadores da lei ampliar ou encurtar o período de imaturidade.

Percebe-se que os Tribunais acolhiam o entendimento da maioria dos doutrinadores ao decidirem pela relatividade da presunção de violência do extinto art. 224, alínea “a” do Código Penal, como pode ser comprovado pelos demais exemplos salientados para análise deste trabalho.

Admitindo a relativização do antigo disposto, artigo 224 do Código Penal, Celso DELMANTO, Roberto DELMANTO e DELMANTO JÚNIOR (2002, p. 196) afirmam, em seus estudos que existiam dez condições para essa interpretação.

a) a presunção é relativa; b) a presunção só cede em vista de erro plenamente justificável, pois, se age na dúvida, há dolo eventual; c) a presunção cai pelo fato de aparentar mais idade, escondendo a verdadeira e tomando a iniciativa de realizar a cópula; d) a presunção não cai pelo fato de aparentar mais idade; e) a presunção cede, se a vítima já havia mantido relações com outras pessoas ou era promíscua; f) é mister que seja inocente, ingênua, e totalmente desinformada sobre sexo; g) a presunção não cede pelo fato de não mais ser virgem; h) na dúvida, não incide a presunção; i) a presunção é absoluta; j) a presunção cede, se vivia em regime de concubinato com o acusado, com consentimento dos pais.

Possuidor do *jus puniendi*, deve o Estado sempre buscar nos fatos a verdade real para que assim se evite a prática de um regime arbitrário como já ocorreu em outras épocas no Brasil. Vive-se hoje sob a tutela de um Estado de Direito como preceitua nossa Carta Magna e desobedecê-la é um retrocesso a regimes ditatoriais.

O Ministro Og Fernandes do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a violência relativa quanto ao discernimento da vítima de 13 anos de idade no Recurso Especial nº 637.361 do Estado de Santa Catarina, alegando que:

[...] não se pode esquecer a pouca idade da vítima e as conclusões que daí possam decorrer quanto ao seu grau de discernimento perante os fatos da vida. Entretanto, a hipótese dos autos revela-se outra, ponderou. De acordo com o Ministro, a menor não tem a inocência necessária para enquadrá-la nos moldes do extinto artigo 224 do Código Penal, que definia a violência presumida, tendo em vista que foi morar com o réu e afirmou manter relações sexuais com ele, o que afastou a presunção de violência.

É lícito, diante dessa análise, ressaltar que a dignidade da pessoa humana significa dizer que qualquer pessoa é inocente até prova em contrário é nesta interpretação que se fundamenta a discussão jurídica penal relativa à tipificação da violência presumida, disposta no extinto artigo 224, “a”, do Código Penal Brasileiro.

Aquele que tem sua vida em risco de ser determinada pelo poder do *jus puniend* do Estado não pode ser condenado diante de presunções uma vez que o próprio sentido da palavra sugere dúvida, incertezas e segundo Ferreira Filho (1998) tem o sentido de julgar segundo certas probabilidades; considerar como provável; conjeturar, além de supor, suspeitar. Relativizar a presunção é contribuir para minimizar injustiças, evitando erros e arbitrariedades, porém torná-la absoluta é radicalizar, é impedir que qualquer outra questão seja discutida e venha para o diálogo democrático para se buscar a melhor justiça.

Cabe, ainda, salientar que a preocupação do órgão acusador, nos casos em que a lei presumia a violência, seria tão-somente comprovar a situação fática considerada requisito da presunção, exigindo que a vítima seja menor de catorze anos, débil mental etc., questão que

provaria apenas *uma parte dos fatos*, base da presunção. A *outra parte dos fatos* que é a violência ficava na concepção do legislador.

Resumidamente, pode-se afirmar que as formas utilizadas para a discussão da presunção de violência consistiam na teoria absoluta, quando não admitisse prova em contrário, ou seja, independe da vida que aquele jovem levava, bastasse apenas que fosse menor de 14 anos; teoria relativa: quando aceitasse prova em contrário, ou seja, a vida pregressa do agente excluía a presunção; teoria mista: presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para os menores de 12 anos e relativa para as situações excepcionais, voltadas para os entre 12 e 14 anos e a teoria constitucionalista que considerava e considera o Direito Penal moderno um Direito Penal da culpa com intolerância à responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem e portanto, inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva (GRAÇA; REIS, 2011).

Era assim, de forma absoluta, fruto de polêmicas acirradas que o Código Penal Brasileiro trazia em seu bojo o tipo penal do extinto artigo 224, sem qualquer preocupação com os princípios constitucionais já anteriormente evidenciados e nem sequer havia abertura para que as questões duvidosas fossem de fato esclarecidas até que a doutrina e jurisprudência interferissem no sentido de descortinar novos horizontes com possibilidades de discussões mais justas e igualitárias.

Delmanto (2002) considerava inadmissível a presunção de violência, embora admita que o Direito Penal tenha que proteger o menor de 14 anos, porém o que ficava incompreensível era a inadequação do artigo ao moderno direito penal, que não comporta a responsabilidade objetiva, sendo por isso, urgentemente para o autor, a reforma este extinto art. 224 do Código Penal, que hoje já é uma realidade e continua a ser discutido por ter apenas transferido a presunção de inocência para a presunção de vulnerabilidade e voltado ao tão discutido caráter absoluto que mais uma vez atenta contra a igualdade entre as partes.

Diante do exposto, restou comprovado que a legislação penal Brasileira não permite atos sexuais de nenhuma natureza com vítimas menores de 14 anos de idade. Dessa forma, quem praticou ato sexual com menores de 14 anos de idade até o mês de agosto de 2009, estará sujeito às penas dos artigos 213; 214 e 224, sendo presumida a violência na forma do extinto artigo 224 do Código Penal.

Contudo, o que chama a atenção é que a legislação deixou de acompanhar os avanços dos jovens atuais quanto ao seu precoce desenvolvimento sexual e comportamental. Dessas considerações, importante faz observar a pesquisa a Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), realizada no ano de 2004, em 13 capitais

brasileiras e no Distrito Federal, revela a realidade social sobre o comportamento sexual dos jovens no Brasil. Foram entrevistados 16.422 alunos de escolas públicas e privadas, com idades entre 10 e 24 anos. Em quase todas as capitais, mais de 10% das crianças e adolescentes com idade entre 10 e 14 anos já tiveram uma relação sexual. E ainda, o índice de crianças que tiveram iniciação sexual aos 10 anos foi surpreendente. Na cidade de Salvador, 67,5% dos meninos tiveram a sua primeira relação sexual nessa faixa de 10 anos, enquanto 27,5% das meninas tiveram sua iniciação sexual nessa mesma faixa etária, (ANEXO B, P.151).

Essa é a triste realidade do país, que não cria medidas educativas e sociais, e impõe medidas penais, lembrando que só deve agir o Direito Penal, como *ultima ratio*, em casos extremos, em que seja a única medida eficaz. A iniciação sexual cada dia mais precoce, passa a ser um problema social, que demonstra o déficit educacional, cultural e informativo, que os adolescentes e crianças estão vivendo. A união entre Estado, Escola e Família, seria fundamental para manter os adolescentes e os infantes mais informados. Assim, não cabe unicamente ao Direito Penal solucionar o problema, que institucionalizado nas relações brasileiras, que ainda, gosta de tratá-lo como um tabu, e não como uma realidade absoluta.

## **CAPÍTULO 4 – DA VULNERABILIDADE COM O ADVENTO DA LEI N. 12.015/2009**

### **4.1 Vulnerabilidade: conceituação**

O termo tem origem no Latim, *vulnerabile*, que se refere àquela pessoa que se encontra susceptível ou fragilizada numa determinada circunstância, ou seja, diante de uma particularidade que acompanha algum fato. Nesse mesmo sentido, *vulnerabilidade* refere-se à qualidade de vulnerável, à pessoa que está desprotegida, em condições de inferioridade em uma certa situação (FERREIRA, 2009).

Importa ressaltar que o termo “vulnerável” introduzido no ordenamento jurídico penal, com a Lei n. 12.015/2009, dá ensejo ao surgimento de uma nova figura inexistente em leis penais pretéritas.

Migliacci (2010, p. 13) faz algumas considerações sobre a introdução do termo que trata a nova lei já mencionada ao expor:

Talvez esteja aqui um dos aspectos mais dignos de elogios da lei. Resistindo a algo que se vê com crescente frequência em novas leis penais, o legislador evitou usar o termo “vulnerável” como elemento normativo do tipo, o que causaria sérios transtornos na interpretação e aplicação da lei. Ao contrário, definiu precisamente o seu conteúdo. Por vulnerável, entende-se a pessoa que, por sua idade (ora fixada em 14 anos, ora em 18), deficiência mental ou outra causa que impeça a resistência, tem menor capacidade de autodeterminação, de consentir livre e validamente e de dispor de seu próprio corpo. Mas o sucesso do legislador em escapar da armadilha de utilizar o termo *vulnerável* como elemento normativo não torna o Capítulo imune a críticas.

Ao mesmo tempo em que faz um elogio à nova disposição legal, o autor supracitado ressalta a crítica que deve ser feita sobre o Capítulo II, do Título VI, da Parte Especial do Código Penal, ao acrescentar que o legislador manteve a presunção de violência preexistente na redação original da lei pretérita, não como uma disposição geral aplicável aos artigos precedentes, mas como tipo penal autônomo, como está sendo chamado pelos doutrinadores como presunção de vulnerabilidade.

O termo vulnerável surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei n. 12.015 de 2009 para designar o indivíduo que apresenta capacidade física e psíquica insuficiente para consentir ou recusar a prática sexual com outro indivíduo.

Nesse sentido, sabe-se que existem mesmo aqueles indivíduos, como as crianças até certa idade, e os doentes mentais que desprovidos de capacidade psíquica para entender o caráter lascivo do ato para manifestar livremente seu consentimento para tal prática. Existem também indivíduos incapazes fisicamente de resistir a tentativas de violação da liberdade sexual (LEAL João José; LEAL Rodrigo José, 2009).

Foi em consequência da referida lei que o Código Penal de 1940, em sua Parte Especial, Capítulo II, acolheu a seguinte denominação: Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, justamente pelo fato do entendimento do julgador em relação aos indivíduos considerados vulneráveis e em decorrência de acontecimentos, em todo o Brasil, com envolvimento de crianças e adolescentes em Pedofilia e Prostituição. Estes serão assuntos a serem abordados, posteriormente, neste capítulo.

O termo vulnerável pode ser encontrado no artigo 217-A, objeto de análise deste estudo, tratando do estupro de menor de 14 anos e incorrendo na mesma pena quem praticar as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato e àqueles que não podem oferecer resistência.

Em que pese o termo vulnerável, também foi acrescentado no artigo 218-B como forma de proteção para àqueles que são considerados alvos fáceis para o comércio carnal, porém não mais com idade inferior a 14 anos para a vítima mais sim para aqueles com idade inferior a 18 anos.

Assim, ora a vulnerabilidade é apresentada como sendo a situação de quem é menor de 14 anos de idade, no caso de ato sexual, ou de 18 anos, no caso da exploração sexual; de quem em razão de enfermidade ou doença mental não tem discernimento para consentir é enfermo ou doente mental em razão disso não possui discernimento para a prática do ato ora de quem mesmo sendo maior e capaz, encontra-se em uma situação de fragilidade tal que consente em ser objeto do tráfico de pessoas.

## **4.2 A comissão parlamentar mista de inquérito e a vulnerabilidade**

Surgiu neste contexto de mudanças, com fundamento nos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes juntamente

com o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União, e a Organização Internacional do Trabalho, uma incessante luta que deu origem ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº253/04 do Senado Federal. Posteriormente, cinco anos depois, veio a Lei n. 12.015/2009, cujas percepções sociais acerca do papel estatal na defesa da liberdade e dignidade sexual, se acentuaram e buscaram mudar o foco da proteção do estado a estes valores (BRASIL, 2004; BRASIL, 2009).

A origem do referido projeto faz com que se tenha uma visão mais esclarecedora para melhor compreensão dos motivos que o embasaram bem como a proteção efetiva do bem jurídico, o que favorece uma análise da relação entre os objetivos do projeto e a verdadeira intenção do alcance do legislador ao elaborar a nova lei.

O que se percebe é que a Comissão Parlamentar de Inquérito, com a finalidade de investigar a Exploração Sexual, deu origem a um projeto que visou proteger o bem jurídico dignidade sexual, evidenciando a fragilidade da criança e do adolescente no novo contexto social e atualizando Código Penal de 1940, já considerado ultrapassado pela sociedade atual.

As mudanças originárias dessa lei foram de significativo valor para as mudanças da redação da nova lei do Título VI do CP e todo o conteúdo positivado no projeto de lei sendo a primeira alteração de “Crimes de Costumes”, para “Crimes contra a Dignidade Sexual”.

É lícito ressaltar que, segundo Nucci (2009), observa-se que, no passado, era apenas um modelo de comportamento social centrado numa falsa moral coroada pela hipocrisia de uma lei antiquada que era considerado, deixando de proteger o ser humano e sua sexualidade propriamente dita.

O foco do bem jurídico protegido agora é outro, não se busca mais salvaguardar concepções genéricas de uma sociedade sobre a sexualidade, seus valores morais, mas a pessoa ofendida, sua dignidade e liberdade, depreendendo-se daí o contraste das expressões *Costumes versus Dignidade*.

O Projeto de Lei n. 253 de 2004 foi justificado tendo em vista a seguinte concepção:

Neste sentido, para a ciência penal, os nomes e títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade sexual 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 (BRASIL, 2004).

Inferre-se que o objetivo principal do Projeto de Lei n. 253/04 é proteger a liberdade sexual das crianças e adolescentes da exploração sexual, seja ela de qualquer tipo.

A proteção se volta para esses indivíduos em razão de sua imaturidade sexual tanto no que diz respeito ao lógico ou cronológico de suas existências e de sua dignidade como pessoa (KANT, 2004).

Ao dispor que ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos é crime, o artigo 217-A (Estupro de Vulnerável) estabelece implicitamente que o agente é culpado, numa determinação sumária, sem nenhuma possibilidade de defesa, além de desconsiderar as condições da conduta, a intenção do agente e principalmente, o comportamento da vítima. O único aspecto para se comprovar a materialidade da autoria é a idade da vítima. Não há necessidade de comprovação da existência de dano ou dissenso da vítima, sendo essa questão totalmente irrelevante para a configuração do crime.

Afronta-se, neste sentido, a Presunção de Inocência, assim como a Teoria da Responsabilidade Subjetiva adotada pelo Código Penal, para a responsabilização de um indivíduo. São necessários todos os requisitos da culpabilidade, tais como: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude, a exigibilidade de conduta diversa. Só será considerado culpado aquele agente que reunir todos esses requisitos que na falta de qualquer um deles, extingui-se a culpabilidade.

Gomes Filho (1989) identificou a evolução do princípio da presunção de inocência como oriunda do *in dubio pro reo*, possa ser vislumbrada por influência do cristianismo, o princípio da presunção de inocência, regra tradicional no sistema do “*common law*”, insere-se entre os postulados fundamentais que presidem a reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII.

Da mesma forma que o princípio de inocência esteve sempre presente nos primeiros momentos de vigência do Código Penal de 1940, a presunção relativa de violência deveria permear todos os dispositivos da lei penal, especialmente do novo artigo 217-A do atual Código Penal tendo em vista a possibilidade de inúmeras análises em relação à idade da vítima, principalmente em se tratando do gênero feminino em que muitas meninas desenvolvem fisicamente e adquirem uma compleição física precoce, mais rápido do que outras, situação em que o agente poderia incidir em erro de tipo. Entretanto esta possibilidade é ignorada em razão do caráter absoluto do fato.

É uma situação estarrecedora verificar que o agente já está condenado pela determinação absoluta do artigo, nem seria necessário um defensor uma vez que não existe

defesa, o julgamento é sumário, nos mesmos moldes de tempos passados e obscuros dos sistemas de governo brasileiros e de outros países em tempos de exceção.

A presunção de violência, tão amplamente discutida na vigência do antigo artigo 224 do Código Penal, inicialmente vista sob a luz do caráter absoluto, na redação original do extinto art. 224, do Projeto do CP de 1940, foi deliberadamente rejeitada e aos poucos, ganhando nova interpretação doutrinária e depois jurisprudencial com embasamento nos princípios constitucionais e na realidade de cada caso analisado. Questiona-se agora na vigência da nova lei o porquê de retroceder a uma questão que continuará em discussão. Os princípios constitucionais e processuais penais não mudaram e continuam a ocorrer casos inúmeros e diferenciados que envolvem o menor de 14 anos.

E ainda é lícito acrescentar que crianças e adolescentes vivem numa sociedade sexualizada, onde os apelos à sexualidade estão presentes acentuadamente na mídia e vistos como adequados pela sociedade que não os reprime, mas sim os assimila como normais. Os anúncios comerciais repletos de apelos sexuais envolvendo crianças e adolescentes estão cada vez mais presentes no maior veículo de comunicação de massas como a televisão, sem que haja qualquer protesto. Tudo acontece na mais perfeita normalidade. Adolescentes de treze anos participam de desfiles com trajes chamativos ao sexo com permissão de seus familiares. O que se percebe, na análise desse dispositivo de natureza absoluta, é que a lei penal insiste em fechar os olhos para a realidade social ou mesmo que tenta dar respostas a certos fatos como os que envolvem a pedofilia, generalizam qualquer situação de sexo com menores de 14 anos.

Embora, a ótica *lato sensu* desse dispositivo aponte para a hipótese de uma regra absoluta, a doutrina sempre entendeu que merecem atenção os casos excepcionais que podem muito bem ocorrer. Assim, a presunção, que se pode traduzir como imaginação, suposição, ali prescrita podia ser excluída diante de eventual erro inevitável em que pode vir a incidir o agente.

A não ocorrência de violência ou de grave ameaça que constituem o elemento do tipo penal do crime de estupro não pode ser desconsiderada, mesmo que o consentimento seja nulo, em situação onde já existia entre o agente e a vítima uma relação de afeto, como ocorre com o jovem de 18 anos que se apaixona e venha a namorar uma “moça” de 13 anos que já tenha desenvolvimento físico e emocional fora dos considerados padrões normais. É preciso que em casos como este, volte a ser analisado cada caso para que não sejam violados princípios como o da igualdade, da inocência e da ampla defesa e contraditório, dentre outros.

Conforme já orientou Noronha (1999, p. 198) em seus ensinamentos, há a idéia de uma presunção absoluta de violência inadmissível, porque se puníssemos “sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, que nossa lei repudia”. Esse entendimento era, também, perfilhado pelos demais autores da doutrina penal brasileira.

A justificativa está fundamentada na idéia de que o constrangimento agressivo previsto no artigo 213 e sua forma mais grave contra adolescentes a partir de 14 anos foi o embasamento do artigo 217-A (BRASIL, 2004).

Entende-se que a Presunção de Violência no estupro de menor de 14 anos, antes prevista na lei, foi substituída pela vulnerabilidade em razão da idade da vítima.

Dessa forma, a justificação do Projeto de Lei n. 253/2004 visando a idade, bem como a violação da liberdade e dignidade sexual do ofendido descreve:

O Projeto de reforma do código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes, mas também a pessoa que, por enfermidade ou doença mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática (BRASIL, 2004).

Pode-se observar que o objetivo principal do legislador foi afastar a possibilidade de aplicabilidade da presunção relativa em determinados casos concretos, pois vários Tribunais estavam aplicando em determinados casos a presunção relativa quanto a natureza do extinto artigo 224 do Código Penal gerando várias absolvições envolvendo vítimas entre 13 anos a 14 anos incompletos. Objetivou-se atar as mãos do magistrado, obrigando-os a partir de agora a não mais absolver em hipótese alguma casos envolvendo os vulneráveis.

Ao operar a reforma em questão e editar o artigo 217-A, *caput*, do Código Penal brasileiro, o legislador teve a pretensão de “ludibriar o intérprete e aplicador da lei” em “tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que se consagrou no Supremo Tribunal Federal sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado art. 224.” (BITENCOURT, 2011, p. 95).

Como destaca abaixo, nossos Tribunais já começaram a manifestar acerca da violência presumida e sua natureza absoluta com a vigência do novo tipo penal denominado de estupro de vulnerável:

“Saliente-se, porém, que a presunção de violência era matéria controversa, geradora de inúmeras teses doutrinárias e jurisprudenciais, já que se discutia a natureza relativa ou absoluta da mencionada presunção.” (BITTENCOURT, 2011, p. 205). Dessa forma, o legislador entendeu por expungir a questão polêmica, afastando a presunção de violência. A configuração do tipo estupro de vulnerável independe do consentimento da vítima, grave ameaça, violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, como se vê da redação do art. 217-A (BITTENCOURT, 2011).

Ademais, estaríamos trazendo novamente para o direito criminal a inaceitável responsabilidade objetiva, ofendendo o princípio da dignidade humana.

Em decisão recente, conforme texto publicado no site do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo número do processo não é divulgado em razão de sigilo judicial, o referido Tribunal decidiu que nem sempre o ato sexual com menores de 14 anos poderá ser considerado estupro. A decisão livrou um homem da acusação de ter estuprado três meninas de 12 anos de idade e deve direcionar outras sentenças. Diante da informação de que as menores se prostituíam, antes de se relacionarem com o acusado, os ministros da 3.<sup>a</sup> Seção do Superior Tribunal de Justiça, concluíram que a presunção de violência no crime de estupro pode ser afastada diante de algumas circunstâncias.

No julgamento no Superior Tribunal de Justiça, venceu a tese segundo a qual o juiz não pode ignorar o caso concreto. O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais, afirmou a relatora do caso, ministra Maria Thereza de Assis Moura. Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado - a liberdade sexual -, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo, completou a ministra.

Verifica-se bem como violação ao princípio da dignidade humana, a diferenciação da resposta estatal, em relação à vítima com 14 anos de idade completos, que não pode ser enquadrada no tipo penal do artigo 217-A, do Código penal, em virtude da elementar típica “menor de 14 anos”. Dessa forma, se o crime for cometido mediante grave ameaça será enquadrado no tipo penal previsto no artigo 213, do Código penal, que tem pena de reclusão de 06 anos a 10 anos, enquanto se o fato for consentido pela menor será atípico.

Resta evidente a desproporção do tipo penal em apreço com relação a outros delitos do ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina já está começando a se posicionar contra essas condições que o legislador comete no exercício de suas funções.

Cumpre destacar que foi amplamente divulgado pela imprensa nacional é o caso de Wesley Almeida Campos, à época do fato com apenas 18 (dezoito) anos de idade, flagrado no cinema de um Shopping de São Paulo trocando beijos com um menino de 13 (treze) anos (TOMAZ, 2010).

Esclarece o autor que ouvida pela Polícia, a vítima disse não ter sido constrangida a nada e que beijou o maior por “vontade própria”. Wesley foi preso em flagrante e indiciado por estupro em entrevista, a autoridade policial responsável pela ratificação da prisão em flagrante disse que o crime era grave e que a nova lei, mais severa, carrega o intuito de coibir essa prática delitativa. O Delegado disse ainda que o consentimento do menor de 14 anos, nada vale e que, por isso, era sua obrigação prender o autor dos fatos.

Comentando o caso para a imprensa, o Desembargador Antônio Carlos Malheiros, coordenador da infância e da juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu que “Tecnicamente é correto, porque o menino menor de 14 anos de idade que está sofrendo, foi atingido por um maior de idade que está praticando com ele algum ato libidinoso. [...] é estupro de vulnerável” (TOMAZ, 2010, p. 2).

Retrocedendo no tempo, observa-se que retorna a discussão se o beijo lascivo seria considerado ato libidinoso.

Para Nucci (2010), o beijo destinado à satisfação do desejo sexual, desde que dado na boca e com a introdução da língua, é ato libidinoso diverso da conjunção carnal e, portanto, suficiente para caracterizar a elementar “outro ato libidinoso” do tipo penal expresso no artigo 213 do código penal, bem como do artigo 217-A, ambos do Código Penal Brasileiro.

Bittencourt (2011, p. 95) fez leitura diversa, sob o manto do princípio da proporcionalidade. Referido doutrinador leciona que falta aos beijos lascivos “danosidade proporcional, que se encontra no sexo anal ou oral violentos, sendo impossível equipará-los”. Assim, recomenda que, tendo sido os beijos lascivos praticados em público, haja desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor e, quando não forem praticados em público, reconheça-se a incidência do princípio da insignificância. Ademais, não há como confundir tais atos libidinosos com “**apalpadelas, amassos e beijos lascivos**”, quando isso ocorre, deve ser enquadrado como **contravenção penal** previsto no artigo 61 Lei de Contravenção Penal.

E por fim, pode-se observar que ato libidinoso seria aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuidando-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido.

Pode-se observar também, com o retorno do reconhecimento da presunção agora de vulnerabilidade e sua natureza absoluta, demonstra a insegurança na aplicação deste novo instituto conforme demonstrado com o julgado abaixo onde os nobres Julgadores retroagem a Lei n. 12.015/2009 para prejudicar o réu que praticou o delito no ano de 2008, não restando dúvidas quanto à afronta ao princípio da irretroatividade da lei em malefício para o réu.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ABSOLVIÇÃO POR NEGATIVA DE AUTORIA E MATERIALIDADE - INADMISSIBILIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA - EDIÇÃO DA LEI N.º 12.015/09. 1. Nos crimes contra a dignidade sexual, rotineiramente praticados às ocultas, a palavra da vítima tem relevância especial, pois além de apontar o autor dos delitos, é rica em detalhes, ainda mais quando se mostra firme e coerente com a dinâmica dos fatos e com os demais elementos de prova. 2. Tendo entrado em vigor a Lei n.º 12.015/2.009, revogando expressamente os arts. 223 e 224 do Código Penal, e criando o tipo penal do art. 217-A, englobando, neste dispositivo, a conjunção carnal ou a realização de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal com vulnerável, afasta-se a aplicação da causa de aumento prevista no art. 9.º da Lei 8.072/90. 3. Recurso parcialmente provido. (TJ/MG, Des. Antônio Armando dos Anjos, APCrim. nº 1.0034.09.054775-2/001, Publicação 05/11/2010).

Interpretação contrária foi declarada pelo Ministro Celso Limongi que aduziu que: Quanto à análise formal do crime, cabe ressaltar, mais uma vez, que o legislador cruzou os braços, recusando-se a acompanhar as mutações sociais. Como anotou o Ministro Celso Limongi do Superior Tribunal de Justiça, é “insustentável que uma adolescente, com acesso aos modernos meios de comunicação, seja incapaz de consentir relações sexuais”.

Em pleno século XXI, falar em presunção de vulnerabilidade de pessoas maiores de doze anos e menores de catorze anos alegando que não tem discernimento em nem capacidade de compreender o que venha a ser ato sexual e cercear seu direito exercer sua capacidade de pensamento e desenvolvimento quanto a prática de atos sexuais, chegando a tal ponto de punir pessoas com penas tão elevadas por ter se envolvido e apaixonado por vítimas de 13 anos de idade que em casos tem uma diferença insignificante entre vítima e réu.

O princípio da dignidade da pessoa humana faz, portanto, um controle da qualidade do tipo penal, ou seja, diante de cada contexto fático, tendo em vista, a constante evolução social em contraste com a estagnação normativa.

Da interpretação das elementares elencadas no artigo 217-A, caput, do Código Penal, observa-se que não se fala em uso de violência ou de grave ameaça para que haja tipicidade formal do crime. Como relatado acima, após a reforma da Lei n. 12.015/2009, não se fala em presunção de tais circunstâncias, pois absolutamente prescindíveis para que se caracterize, formalmente, o delito em questão, bastando a prática de qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que haja consentimento da vítima para que possa ser incriminado pela prática do delito

O valor contido na norma é no sentido de que a conduta de praticar atos libidinosos ainda que consentidos pelo menor de 14 anos, viola a dignidade sexual desta, tendo em vista a sua vulnerabilidade e seu discernimento diminuído. A presunção agora é de vulnerabilidade onde o réu não emprega violência ou grave ameaça para conseguir à pratica de atos sexuais com o vulnerável menor de 14 anos.

Entretanto, merece destaque a preocupação com a idade no artigo 217-A, que é proteger o menor de 14 anos principalmente quando se remete no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 que no *caput* desse artigo determina: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade, ao respeito, à liberdade** e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, **violência, crueldade** e opressão (BRASIL, 1988; BRASIL, 2009) [GRIFO NOSSO].

Percebe-se que o dissenso da vítima e sua incapacidade de resistir são os requisitos principais para a consumação do estupro de vulnerável. Fica evidente que para a consumação do crime é que a suposta incapacidade da vítima, cumprindo ressaltar que a suposta incapacidade não está presente em todas as pessoas, uma vez que a sexualidade é inerente ao ser humano.

Ainda mais pertinente ao tema em discussão é evidenciar o parágrafo 4º da mesma Constituição Federal ao dispor: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (BRASIL, 1988).

Foi essa a proteção constitucional, o principal fundamento da nova lei porque no Crime de Estupro de Vulnerável o bem jurídico protegido deixa de ser a visão da sociedade sobre a sexualidade com seus antigos padrões rígidos e antiquados, visando a agressão física,

psicológica e moral contra a liberdade sexual das crianças e adolescentes e emprego de fraude ou outras formas de exploração sexual.

A grande discussão que provavelmente irá continuar é quanto às exceções que o legislador deixou de se preocupar se feria ou não preceitos fundamentais, como é o caso de um jovem com 18 anos de idade namorado de uma adolescente de 13 anos que na véspera de completar 14 anos resolve manter relação sexual com seu namorado que a família acolhe como um futuro genro. Diante de tal situação o Juiz, se deparar com um caso dessa natureza onde a vítima em juízo confirme a existência do consentimento, não terá alternativa a não ser aplicar a pena prevista no dispositivo legal tendo em vista a natureza jurídica do crime.

Conforme já elucidado, a grande finalidade da lei foi o combate à pedofilia e à prostituição infantil, não pensando o legislador nas exceções e injustiças que poderão ocorrer, afinal, o jovem citado acima será comparado certamente a muitos homens mais velhos que buscam em prostíbulos menores de idade para satisfazer suas perversidades ou até mesmo em sites proibidos envolvendo imagens de crianças.

De fato, o legislador deveria ter mantido o caráter relativo da natureza do crime de estupro de vulnerável para que o Magistrado pudesse analisar cada caso concreto, evitando afrontas aos princípios constitucionais.

Ademais, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece o discernimento do jovem, quando declara ser adolescente os menores de 18 anos e maiores de 12 anos capazes de receber medidas sócioeducativas quando cometerem infrações no âmbito criminal.

Vale também, mencionar ainda que de forma sucinta, quanto a alteração dos artigos 213 e 214 da pretérita lei, quanto à gravidade e provocação dados ao estupro pelo fato de atingir o indivíduo na sua constituição física e especialmente no bem estar psicológico que, sabe-se que o crime de estupro do antigo artigo 213 que tinha a seguinte descrição do tipo: constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça “tinha como pena a reclusão de 6 a 10 anos. Entende-se que se presumia que era uma forma de constrangimento ilegal cujo foco principal consistia em constranger mulher à conjunção carnal com uso de violência real ou grave ameaça para a consumação do ato delituoso mediante seu dissenso.

Já o art. 214 dispunha sobre o Crime de Atentado Violento ao Pudor, cuja consistência era a prática de “atos libidinosos diversos da conjunção carnal”, previa a pena de reclusão de 6 a 10 anos ao dispor eu constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique atos libidinosos diverso da conjunção carnal.

Nesse caso, tanto a disposição anterior quanto a atual exigia e exige o dissenso da vítima sendo o crime praticado com violência real ou grave ameaça, agora elencados em um único tipo penal reconhecidos como crime único, podendo o magistrado somente aumentar a pena se a conduta do réu abranger vários atos sexuais em um só momento de ataca à vítima.

#### **4.2.1 Da parafilia do autor do crime e da prostituição infantil**

A Organização Mundial da Saúde (OMS), com fundamento no Código Internacional de Doenças (CID-10) define a pedofilia, (denominada também de “parafilia”) por meio do código F65.4, como “Preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes”, sendo também equiparada a outros distúrbios mentais e de comportamento como o exibicionismo, sadismo, voyeurismo, masoquismo, fetichismo (BALLONE, 2001) .

Infelizmente, o Código Penal Brasileiro não tipificou a pedofilia, e não é prevista como crime, inexistindo assim, uma legislação específica para essa conduta, o que tem contribuído para não se coibir a prática, inclusive da indústria da pedofilia especialmente na Internet.

O que se percebe é o aumento indiscriminado de publicações de material pornográfico envolvendo crianças, na sua maioria entre um a doze anos, oriundas de famílias pobres e frágeis financeiramente, além do desconhecimento desses inocentes sobre a gravidade dos riscos a que são expostos. Essas práticas incentivam pedófilos a se envolverem virtualmente com menores ao pagarem às organizações criminosas significativas quantias em dinheiro.

Percebe-se um crescimento da prática da pedofilia cuja prática tem se tornado cada vez mais evidente e mais intensa nessa última década. Porém, não se pode deixar de enfatizar que é uma prática antiga, mas que vieram ao conhecimento de toda a sociedade graças ao desenvolvimento dos meios de comunicação de massas e o despertar da sociedade para as denúncias.

A preocupação com a questão do crime de pornografia infantil na *Internet* tem se tornado cada vez mais presente no ambiente da sociedade contemporânea, de tal modo que o assunto levou vários especialistas a estudar meios de combate á pedofilia e pornografia infantil na rede mundial, sendo editada uma declaração contendo um plano de ação (FURLANETO NETO; GUIMARÃES, 2003).

Em 25 de março de 2008 foi realizada a primeira reunião da Comissão Parlamentar de Inquérito, sobre a Pedofilia momento em que o Senador Magno (PR-ES) foi eleito seu Presidente, o Senador Romeu Tuma, o Vice e o Senador Demóstenes Torres o Relator da referida CPI . O conteúdo do requerimento de número 200, de 2008, justificou-se no seguinte embasamento:

A pedofilia é um transtorno da sexualidade, um padrão de comportamento sexual anormal observado em todas as classes sociais, raças e níveis educacionais. Difícil de ser tratada, pois tanto o abusador quanto o abusado demandam tratamento intensivo e longo, que além de dividir famílias- alguns acusam o abusador, enquanto outros creditam a pratica parafilica à própria vítima- implicam gastos governamentais (não apenas com o tratamento psiquiátrico, mas também físico, em consequência, muitas vezes, do espancamento associado à pratica sexual) e prejuízos de ordem comportamental, devido à irreparável separação da criança do seio familiar. Via de regra, a criança chegará à fase adulta com consequências emocionais gravíssimas, tornando-se deprimida, insegura, com problemas de relacionamento íntimo. Cotidianamente, a imprensa noticia casos isolados, que tornar-se-iam inviáveis de serem analisados numa comissão parlamentar de inquérito. Todavia, a operação da Polícia Federal deflagrada no dia 20 de dezembro do corrente (20 de dezembro de 2007), intitulada Operação Carrossel, cujo objetivo é reprimir a prática da pedofilia na rede mundial de computadores e que abará 14 Estados da Federação e o Distrito Federal, o que consubstancia a maior operação dessa natureza já realizada no País e que constitui objeto da CPI ora proposta, haja vista a melhor condição de investigação e sistematização de dados. A partir dos resultados da operação referida, aparecerão imagens e informações que, com certeza, chocarão a sociedade brasileira, mas que, concomitantemente, constituirão subsídios para despertar a maior atenção dos órgãos governamentais para que seja aprimorada a legislação pertinente, e também meios para educar e prevenir a sociedade sobre essa sórdida prática que é a pedofilia (BRASIL, 2004).

É clara a preocupação em coibir a pedofilia, porém, a punição, *a priori*, designada ao pedófilo extrapola para o não pedófilo diante das mudanças que ocorreram na tipificação na modalidade *estupro contra pessoa vulnerável* em análise. Cumpre ressaltar que o excesso chega a esbarrar nos direitos de ampla defesa e do contraditório, basilares do Estado Democrático de Direito.

A equipe responsável pela Comissão da Pedofilia, depois de polêmicas discussões com juristas colaboradores das mudanças previstas e várias reuniões com Consultores do Senado, de início, decidiram modificar o artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente e ainda os artigos 213, 214, 223, 225 e 226 do Código Penal vigente na época. Foram assim elaborados projetos específicos de lei para melhor aprimoramento desenvolvimento no Congresso Nacional, momento em que a lei n. 11.829/2008 foi

sancionada e destaca-se que em tempo recorde para tender os anseios sociais (BRASIL, 2004).

Foi em Recife o primeiro flagrante policial da prostituição de menores, quando as autoridades brasileiras estaduais começaram a admitir a existência desta forma de violência contra a criança e o adolescente na cidade e posteriormente foram percebendo esses acontecimentos em todo o país. O fato se deu no dia 26 de maio de 1987, quando uma jovem titular da Delegacia de Costumes, Olga Câmara, iniciando sua carreira profissional, em uma rotineira ronda na beira da praia no bairro de Boa Viagem, o de maior renda *per capita* da capital pernambucana, verificou a presenças de meninas de 13 e 14 anos andando pela praia e se prostituindo. Flagrou um “turista” suíço induzindo essas meninas pobres que saíam das favelas locais e de outras cidades a acompanhá-lo ao hotel e partirem para a Suíça, sob promessas de uma vida melhor (SILVEIRA, 2011).

Infelizmente no Brasil cresce o número de menores em situação de risco como o ocorrido em Recife, principalmente nos grandes centros como São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Fortaleza, problemas graves que preocupam as famílias e toda a sociedade e por isso, carece de uma legislação severa para coibir os abusos, mas sem deixar de observar direitos e garantias constitucionais tanto do réu quanto da vítima.

A pesquisa vem mostrando que ainda não existe no Código Penal de 1940 o crime de pedofilia, sendo este considerado como crime, a partir do momento em que surge uma ação contra a vítima. O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que é de 1990, cuida da ação do pedófilo como norma autônoma.

Jesus (2006, p.95) ressalta que a pedofilia é um dos temas mais debatidos atualmente em seminários e congressos em todo o mundo, inclusive no Brasil. Afirma ainda este autor que:

A população é assolada, diariamente, por notícias envolvendo abusos sexuais de crianças e adolescentes. Dentre as polêmicas, questiona-se o perfil do pedófilo, seus meios de atuação, a veiculação de imagens pornográficas pela internet, a lavagem de dinheiro, o tráfico nacional e internacional de crianças e o crime organizado transnacional. Aliado a tais complexidades está o problema da legislação penal vigente em nosso país.

Existe norma incriminadora especial, autônoma, a ser aplicada nos casos de Pedofilia, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente quando trata de crimes envolvendo crianças em pornografias, o que se pode no atual momento, também, é aplicar os dispositivos analisada nesta pesquisa e esperar que os clamores sociais sejam ouvidos e não

sejam generalizados casos que nem se aproximam da realidade dos atos pedófilos e a justiça fique comprometida como ocorreu no passado tantas vezes com a presunção de violência, nem sempre fundamentada na busca da verdade real, contemplando-se somente a verdade processual e os ditames legais penais e processuais.

### **4.3 Análise interpretativa do artigo 217-A**

A tipicidade do crime previsto no art. 217-A que será analisado a partir de agora é semelhante a do estupro de pessoas não vulneráveis descrito no art. 213 do Código Penal, porém, com algumas diferenças. Não integra o tipo, o constrangimento mediante violência ou grave ameaça, fazendo que surja novamente uma presunção de violência, pois não se trata de violência real no estupro de vulnerável. Isso porque o legislador já presumindo, de forma absoluta, que a situação de vulnerabilidade impede que o sujeito passivo possa livremente manifestar sua vontade sexual, não fez constar, tudo indica essas elementares. De sorte que, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com a pessoa vulnerável, para que haja a adequação objetiva ao tipo penal.

A Lei n. 12.015/2009 optou por utilizar, como já foi dito, a palavra vulnerabilidade para referir-se às situações que na doutrina estrangeira referia-se ao abuso sexual, ou seja, nos casos em que o consentimento da vítima não é considerado. No entanto, o fez de forma equivocada, apresentando vários significados nos vários tipos penais em que foi empregada, sendo necessário diferenciar cada uma das situações.

No que se refere aos elementos do tipo tem-se que o art. 217-A do Código Penal atual, modificado em função da nova Lei n. 12.015/2009 passou a determinar: “Ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor a 14 (catorze) anos”, sendo a pena de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, mostrando que tanto a conjunção carnal como qualquer outro ato libidinoso praticado contra menor de 14 anos, será considerado como crime de estupro. Destaca-se, nesse núcleo duas ações distintas “ter” e “praticar”. Constata-se uma multiplicidade de mudança disposta pela nova lei, como já mencionado, uma associação de dois atos delituosos antes dispostos separadamente.

Para as vítimas menores de 14 anos, o antigo artigo 224 do Código Penal previa pena mais gravosa aos crimes dessa natureza cometidos contra esses indivíduos com a presunção de violência descrevendo: “Presume-se a violência se a vítima: Não é maior de 14 anos. É

alienada ou débil mental, que o agente conhecia essa circunstância. Não pode por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

Considerava-se que em razão da idade e imaturidade física e psicológica, o sujeito passivo do crime seria uma pessoa indefesa e, portanto, incapaz de consentir que com ele se praticasse o ato sexual, surgindo dessa interpretação a presunção de violência. Não se exigia o dissenso do ofendido, bastando somente a condição disposta na hipótese do artigo para a consumação do crime. Tal exigência estava embasada na Responsabilidade objetiva, como se esse fosse o único critério de imputação de um delito ao réu.

Assim, diante da presunção de violência, de um “suposto crime”, a doutrina sinalizava para a presunção de forma relativa. Essa tendência de relativização procurava considerar possível a análise de cada caso.

Nesse sentido encontra-se o entendimento abaixo descrito, de acordo com Nucci (2009, p. 839):

Uma menor de 14 anos prostituída, que já tenha tido inúmeros contatos sexuais, com a ciência geral da comunidade, inclusive de seus pais, não poderia ser considerada incapaz de dar o seu consentimento. Não seria razoável – e o direito, em última análise, busca a justiça – punir o agente por estupro, caso mantenha com a jovem conjunção carnal.

Porém, o tema, para os Tribunais, era considerado de forma adversa da doutrina, uma vez que o consentimento do menor de 14 anos, para a prática sexual, era totalmente nulo, considerando a Presunção de Inocência em seu caráter absoluto. Nos últimos anos, iniciou-se uma mudança nessas decisões, pois o caráter relativo começou a despontar nos Tribunais Superiores como uma adaptação às mudanças da sociedade quanto à sexualidade do menor.

Foi incluída, ainda, uma importante mudança no que concerne aos sujeitos ativos e passivos, sendo que o agente ou a vítima podem ser do sexo masculino ou feminino. O enquadramento da conduta é o mesmo tipo penal, bastando tão somente a vítima ter menos de 14 anos. Não mais se trata da antiga presunção de violência da lei anterior, e nem a exigência da violência real ou grave ameaça, o que oferece a interpretação de que basta apenas a “objetividade física”, a vítima real ou ficta, a ameaça direta ou indireta, explícita ou não, são consideradas diante da vulnerabilidade da vítima que é o mais relevante para configurar o crime.

Com embasamento nesse mesmo pensamento pertine salientar, segundo Greco (2010, p. 65) que:

[...] 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 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.

Pode-se questionar em relação a essas considerações acolhidas pela nova lei se o estupro de vulnerável cumpriu sua finalidade de proteger de forma mais eficaz o bem jurídico liberdade sexual ou apenas ratificou o que já existia na seara penal.

Entende-se que mesmo o Projeto de Lei tendo excluído a presunção de violência, o novo tipo penal sugere que ocorre violência ficta na conduta do agente, provocando uma interpretação de presunção absoluta pelo fato de presumir-se que a suposta vítima não tem condições de consentir.

O elemento subjetivo é o dolo, não se punindo a forma culposa. Exige-se que haja dolo como elemento subjetivo do tipo para configurar o estupro, também necessária a obediência às características exigidas pelo tipo do artigo 217- A do Código Penal Brasileiro.

No entendimento de Greco (2010, p.510) “não é admissível a modalidade culposa por ausência de disposição legal nesse sentido” e Nucci (2010, p.36) ressalta que “o elemento subjetivo é o dolo, não se punindo a forma culposa. Cremos existente o elemento subjetivo específico consistente na busca da satisfação da lascívia”.

Cabe lembrar o artigo 18 do Código Penal, Parte Geral que determina: Art. 18 – “Diz-se o crime: Crime doloso; I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - Crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Entende-se que não sabendo o agente sobre a idade da vítima por esta possuir um desenvolvimento físico que a faça parecer adulta, levando o agente ao erro sobre uma elementar do tipo (a idade da vítima), poderão ocorrer duas situações: a primeira, se o agente não pratica o ato sexual mediante violência, nem grave ameaça, excluindo-se o dolo e a tipicidade da conduta; a segunda, se o faz mediante violência ou grave ameaça, caso em que a conduta recairá no tipo do art. 213, configurando o Estupro.

Dispõe o parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. O dolo, prescrito no art. 18, pode ser caracterizado como direto, simplesmente pelo fato do agente ter a ciência da idade tenra da vítima. Pode, ainda, ocorrer o dolo eventual, uma vez que sem ter a certeza da idade da vítima, mesmo com seu aspecto físico ressaltando sua idade tenra, o autor assume o risco da conduta (GRECO, 2010).

Se, por exemplo, o menor aparenta idade superior à legal. Situação peculiar é a de o menor ter certidão errônea, de que consta ser menor de 14 anos, mas na verdade, por questões não incomuns no grande Brasil, ter idade mais adiantada. Constatada essa circunstância, a hipótese é de atipicidade ou crime impossível, porque o que vale para a condenação é a realidade concreta e não documental. Sendo assim, podem-se caracterizar duas situações diversas: na primeira, o agente pratica a conduta delituosa mediante violência ou grave ameaça, fato este em que a conduta recairá no art.213 (estupro); e a segunda, onde o agente não a pratica mediante violência, nem sob grave ameaça, excluindo-se assim o dolo e a tipicidade da conduta delituosa (GRECO; RASSI, 2010).

Nota-se a relevância de uma análise muito minuciosa nos mesmos moldes do dispositivo do antigo artigo 224 do Código Penal anterior à Lei n. 12.015 de 2009.

Salienta-se agora o questionamento referente à consumação e tentativa que, no primeiro caso, para configurar o crime exige-se que realize a conduta nele descrita. Entretanto, o crime de Estupro de Vulnerável se consuma no instante em que o agente tem a conjunção carnal, com a penetração, total ou parcial, ou *pratica* ato libidinoso diverso do coito vaginal, com a penetração anal, ou o sexo oral, por exemplo.

Assim quanto à tentativa, esta se dará se por circunstâncias alheias à vontade do agente, não conseguir realizar a conjunção carnal ou o ato libidinoso necessário à configuração do crime, nos moldes do art. 14, inc. II do CP, e seu parágrafo único:

Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

As modalidades típicas são também relevantes nesta análise onde se depreende que trata-se de modalidade simples, contida no *caput* do artigo 217- A, com complementação no §1º, e duas modalidades qualificadas, nos §§ 3º e 4º. Complementado a sua modalidade simples, esta prevê que poderão ser agentes do crime Estupro de vulnerável aqueles que o cometerem contra pessoas com enfermidade ou deficiência mental, ou que não possam oferecer resistência ao ato, como dispõe o §1º do art. 217-A: “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.” (RODRIGUES et al., 2009, p. 1).

As autoras acima mencionadas alegam também que fazem parte das qualificadoras, além do bem jurídico dignidade sexual, a *integridade física* do indivíduo e sua *vida*, respectivamente, como prevêm os supracitados parágrafos: “§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”.

Sob a luz da classificação doutrinária tem-se que o crime Estupro de Vulnerável em relação à conjunção carnal, é crime comum, podendo se praticado por qualquer pessoa. É próprio em relação à vítima, pois esta necessariamente deverá ser menor de 14 anos (*caput*); doloso, como já apontado; e comissivo, uma vez que é praticado mediante ação do agente, cabendo, no entanto a omissão imprópria, quando o sujeito ativo for garantidor. Pode ser também classificado como crime *material*, pois o tipo menciona a conduta e o evento, exigindo sua produção para que se consume o mesmo, podendo ser *de forma vinculada*, quanto à conjunção carnal, ou *de forma livre*, quanto aos demais atos libidinosos; *de dano*, pois somente se consuma com a efetiva lesão do bem jurídico dignidade sexual; *simples*, pois apresenta um tipo penal único; e, por fim, *plurissubsistente*, pois se perfaz com vários atos, admitindo, por este mesmo motivo, tentativa (RODRIGUES et al., 2009).

No que tange às penas cominadas, tem-se o seguinte:

Dispõe o art. 217-A do CP:

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 (BRASIL, 2009).*

Como se pode observar, a pena aplicada à forma simples do Estupro de vulnerável pode ir de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, independentemente do ofendido a quem a conduta se dirige. Assim, se comparada com a pena prevista para o crime de Estupro na lei antiga, de 6 (seis) a 10 (dez) anos, a penalidade prevista para a nova conduta delitativa é muito mais gravosa, equiparando-se inclusive, quanto ao seu limite mínimo, à pena prevista para a forma qualificada do atual crime de estupro, se praticado contra menor de 18 anos e maior de 14, enquanto que seu limite máximo pode alcançar até três anos a mais. Em sua forma qualificada

pelo resultado de lesão corporal de natureza grave, a pena possui um limite mínimo de 10 (dez) anos, e um máximo de 20 (vinte); na modalidade qualificada pelo resultado de morte, a pena poderá variar de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, o máximo de tempo possível para a manutenção de um condenado em reclusão ou detenção.

Note-se que a previsão legal para o crime em tela é sempre pena restritiva de liberdade, na modalidade de reclusão, e, em sendo o crime atualmente elencado no rol de crimes hediondos, deverá o regime ser sempre fechado no início, podendo haver progressão de pena para o regime aberto, ou semi-aberto.

Quanto aos crimes hediondos onde agora se enquadram os novos delitos de estupro, ou melhor, às novas modalidades, vale evidenciar que de acordo com a Lei dos Crimes Hediondos, o sujeito ativo, então processado ou condenado perde uma série de benefícios que como ensina Mirabete (1996, p. 98):

[...] não pode ser beneficiado com anistia, graça ou indulto (art.2º, I), não tem direito a fiança e liberdade provisória (art.2º, II), deverá cumprir a pena integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º), sua prisão temporária pode se estender por trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, § 3º) e, em caso de sentença condenatória, o Juiz decidirá fundamentalmente se poderá apelar em liberdade, podendo, pois, negar o benefício ainda que o condenado seja primário e de bons antecedentes.

Diante dessas questões, parece que solucionaram a antiga divergência dos teóricos e da jurisprudência, quanto a ser ou não ser o crime de *estupro* em sua forma simples. Atualmente, o crime de *estupro* – “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato diverso da conjunção carnal” – é crime que compõe o rol dos hediondos, de conformidade com a nova redação do 1º, V, da Lei n. 8072/1990 (que menciona expressamente o art. 213, *caput*, do CP), dada pelo art. 4º da Lei n. 12.015/2009, também inserido neste contexto o estupro de vulnerável na lista de crimes hediondos (art. 1º, VI, da Lei n. 8072/1990).

Surgem então dois questionamentos se só agora a lei passa a tratar o *estupro* simples como hediondo, podendo significar que antes não o era e que tinham razão os que defendiam a não hediondez de tal crime? É, por certo, um argumento a mais para a defesa dessa tese. E não se negue a relevância de se discutir esse aspecto da lei, principalmente se considerada a importância de tal entendimento no trato de questões relacionadas ao juízo das execuções, como a progressão de regime. Neste caso, a alteração formal do rol dos crimes hediondos, com o acréscimo de uma nova figura, é situação mais gravosa, que não retroage. Então, pode-

se dizer que surge ao condenado pelo crime de *estupro* simples, que à época recebera tratamento de hediondo, a possibilidade de pleitear benefícios *a que já teria feito jus*, a partir desse entendimento? E no caso inverso: sendo agora crime hediondo e ainda não tendo o condenado recebido o benefício da progressão, sujeitar-se-á, daqui para diante, aos prazos especialmente fixados na Lei n. 11.464/2007 (dois quintos para primários, três quintos para reincidentes) para a promoção de regime relativa a crimes hediondos?

Percebe-se que a polêmica continua e que os novos dispositivos ainda trarão muito trabalho para a doutrina e jurisprudência ora quanto ao processo, ora quanto à execução penal.

Esta é a grande inovação trazida pela Lei em questão, a revogação do art. 224 do Código Penal, que tratava de uma extensão do conceito de violência, configurando a denominada *Presunção de Violência*, desde que presentes determinados requisitos estabelecidos no próprio artigo, que passaram, por sua vez, a delinear um novo tipo penal disposto no art. 217-A. Denominado de Estupro de Vulnerável, que também passou a figurar no rol dos crimes hediondos, no inciso VI, do art. 1º da Lei, tanto seu *caput*, quanto os §§ 1º, 2º, 3º e 4º.

Um ponto importante a ser analisado, a respeito do Estupro de Vulnerável, diz respeito à Ação Penal cabível a este delito, ressaltando-se que essas previsões estão presentes nas Disposições Gerais dos Crimes Contra a Liberdade Sexual, abarcando, desta forma, nosso objeto de estudo.

No que concerne à Ação Penal, quando crime era “contra os costumes”, denominação anterior à Lei n. 12.015/2009, prevalecia o entendimento de que a ação penal deve seguir os procedimentos abaixo descritos: a ação penal é de iniciativa privada (queixa crime); a lesão corporal leve era inerente ao tipo e não alterava a natureza da ação penal (ou seja, continuava o caráter ação privada; seria pública incondicionada quando ocorresse o resultado morte ou lesão corporal grave ou gravíssima (Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal); a ação seria pública condicionada à representação quando a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (antiga redação do art. 225 do CP); seria pública incondicionada quando o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, no caso de violência presumida, a ação penal era de iniciativa privada, exceto quando ocorresse alguma das situações anteriormente descritas (RODRIGUES et al., 2009).

Ainda expõem as autoras que nos crimes “contra a dignidade sexual” praticados após o advento da Lei n. 12.015/2009, as regras são completamente diversas. Não existe mais ação

penal privada, em razão da nova redação do art. 225 do Código Penal que agora prescreve que: a ação penal será pública condicionada a representação, será pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos ou se a vítima estiver em situação de vulnerabilidade, ou seja, for menor de catorze anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência; será ainda pública incondicionada quando ocorrer o resultado morte ou lesão corporal grave ou gravíssima com aplicação da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal como anteriormente determinado.

Ressalte-se que a ação penal agora não é pública, mas condicionada à representação da vítima ou seu representante legal, com exceção do caso em que a vítima seja menor de 18 anos, em situação de vulnerabilidade ou na situação da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, editada anteriormente a Constituição Federal de 1988. Excluiu-se o cabimento da ação penal de iniciativa privada, com exceção também da ação penal privada subsidiária da pública, uma situação de legitimação extraordinária em caso de inércia do Ministério Público, mas que não transforma a ação penal em privada. A ação penal continua sendo pública e regida por suas respectivas regras e princípios próprios deste tipo de ação.

Segundo o doutrinador Santin (2011, p. 290), compete à polícia de investigação criminal a apuração de infrações penais, por meio de inquérito policial, termo circunstanciado e outros procedimentos policiais, para possibilitar elementos e fontes de prova para a movimentação da ação penal pelo Ministério Público.

Os autores João José LEAL e Rodrigo José LEAL (2009, p. 1) relatam que esse novo dispositivo penal, pela primeira vez, a lei penal tipifica a modalidade *estupro contra pessoa vulnerável*, determinando que a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menor de 14 anos deixou de ser uma simples modalidade do tipo penal comum de estupro, para assumir a categoria de tipo penal com a marca da autonomia tipológica e denominação própria e a mudança, portanto, não se restringiu a um mero deslocamento do espaço normativo anteriormente ocupado (art. 224 e suas alíneas) para o espaço do novo art. 217-A, do CP.

Os autores acima mencionados afirmam que o ordenamento penal passou a ser integrado por mais esta infração penal – *estupro contra pessoa vulnerável* e explicam:

A conduta se identifica, em sua parte fundamental, com aquela descrita no art. 213, *caput*, do CP com diferenças evidentes, sendo a primeira referente à denominação "Estupro de Vulnerável", sugerindo o surgimento de um novo tipo penal e com descrição tipológica própria, em face do crime de estupro comum descrito no art. 213, do CP. A nosso ver, a expressão "Estupro de Vulnerável" utilizada na rubrica do tipo penal em exame não é das melhores.

O adjetivo "vulnerável" foi utilizado com função substantiva para indicar o sujeito passivo desta modalidade de crime sexual mais grave, que na verdade será sempre uma pessoa fragilizada, incapacitada física ou mentalmente (RODRIGUES et al., 2009, p, 79).

Pelas opiniões acima destacadas, percebe-se a tendência em radicalizar ainda mais as decisões dos crimes contra as pessoas agora consideradas absolutamente vulneráveis. A presunção de violência relativizada na lei pretérita foi substituída pela “presunção de vulnerabilidade” que também possibilitaria a defesa do réu, em especial, aquele de dezoito ou dezenove anos, idades tão próximas das vítimas e com desenvolvimento físico e mental também questionável. Assim, se alguém de 19 anos de idade pratica um ato libidinoso com menor de 14 anos, consciente da idade da vítima, responderá pelo crime de estupro de vulnerável. Se o sujeito ativo tiver 17 anos de idade, também terá cometido este fato típico, não obstante, haverá a exclusão da culpabilidade, em face de sua inimputabilidade, respondendo nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O radicalismo da nova lei, no que diz respeito ao artigo em análise promove a total exclusão da subjetividade de cada caso, prevalecendo apenas a verdade processual e segundo o dispositivo legal, afastando a busca da verdade real, desconsiderando ainda o bom senso, habilidade e competência do magistrado ao julgar cada caso.

De acordo com Bertasso (2009) a maior novidade deixada pelo legislador foi a cominação da pena, elevadíssima ao começar em oito, podendo ir até a quinze anos de reclusão, sanção mais grave que as cominadas ao estupro “comum” do art. 213 e a outros delitos graves como homicídio simples e roubo e que é idêntica ao do crime de extorsão mediante sequestro.

Concorda o autor que com uma maior pena para aquele que pratica ato sexual com menor de 14 anos, sobretudo se envolver violência ou grave ameaça, no entanto, considera que o legislador peca ao generalizar o enquadramento penal (estabelecendo descrição típica objetiva e que desconsidera as peculiaridades do caso, como, por exemplo, a experiência sexual da vítima) e erra mais gravemente ao cominar sanção tão elevada a essa conduta.

E complementa seu pensamento a respeito do tema ao expor seu relato:

Não se pode desprezar que, na atual realidade social, não são raros os casos em que menores de 14 anos possuem vida sexual ativa e praticam, com normalidade, atos sexuais de forma consentida. Nessas situações, ainda que reprovável a conduta daquele que adere à vontade da menor e com ela pratica ato sexual, não se mostra proporcional a aplicação de sanção tão gravosa. Veja-se que, diante da pena mínima cominada ao delito, necessariamente o agente terá de iniciar o cumprimento da pena em regime

fechado. Com isso, o legislador despreza o amplo leque de situações específicas que podem ocorrer em relação a esse delito, engessando o magistrado ao estabelecer a pena, que, em tese, deveria ser fixada de forma necessária e suficiente à reprovação do crime (BERTASSO, 2009, p. 1).

Percebe-se que o legislador tratou o novo crime de forma generalizada, desprezando qualquer situação adversa na relação entre as pessoas menores de 14 anos, como por exemplo, um namorado de 18 ou de 19 anos que com ele teria mantido uma relação sexual de forma consentida em vista do sentimento amoroso entre ambos.

Bertasso (2009, p. 2) atenta para a seguinte situação, digna de discussão nessa seara do artigo 217 A:

É previsível o que vai acontecer. Afora os casos de violência ou grave ameaça para constranger menor de 14 anos a conjunção carnal – hipóteses que, aí sim, justificam pena elevada -, será comum que adolescentes menores de 14 anos que acabem por engravidar de seus namorados maiores, ao registrar os filhos, acabem por dar azo a uma comunicação ao Ministério Público, o que, por sua vez, ensejará, necessariamente – porque a ação penal, *in casu*, é pública incondicionada (art. 225, parágrafo único) – a instauração de ação penal contra o pai. Como explicar, nesses casos, ao “pai”, geralmente com seus 18 ou 19 anos, que o fato de ter ele praticado relações sexuais com sua namorada mais jovem o levará a ser condenado a pena elevadíssima, porque se tratou de fato considerado pela lei mais grave que o furto, o roubo e mesmo o homicídio simples?

E é pertinente acrescentar também que os problemas dessa nova família com um filho crescendo longe do pai serão graves com danos irreversíveis para o desenvolvimento psicológico da criança, além do companheiro não poder amparar economicamente a namorada e o filho, sendo que segundo o Estatuto da Criança e Adolescente, há restrições quanto ao trabalho do menor, sendo permitido apenas ao pai da criança realizar uma atividade laboral.

É perceptível os percalços a serem afastados diante do caráter absoluto do artigo 217-A da Lei n. 12.015/2009 no que diz respeito à realidade social que abrange tantas outras situações em que se encontram o menor de 14 anos e o suposto réu que com ele praticar relação sexual, mesmo consentida e sem o caráter de violência ou grave ameaça, sendo relevante considerar essas várias situações que foram desprezadas pelo legislador.

Sugere Bertasso (2009) que no caso de violência e de grave ameaça poderia ter sido agravada a pena diante das circunstâncias do crime como prevê o artigo 59 do Código Penal ou ter cominado ao delito sanção mais branda, criando-se uma modalidade qualificadora se ocorresse violência ou grave ameaça, o que justificaria uma punição mais severa.

As discussões deverão continuar mesmo estando fechadas as portas com a advento da nova Lei n. 12.015/2009, radical e intransigente, desconsiderando alguns princípios constitucionais e principalmente da igualdade de direitos entre as partes envolvidas na relação processual penal.

Após análise do tipo penal que trata do estupro de vulnerável, não pode-se deixar de identificar o verdadeiro motivo da alteração repentina do extinto art. 224 e alíneas para o art. 217-A.

### **4.3.1 Da natureza absoluta do estupro de vulnerável**

Nesse contexto de mudanças e interpretação do novo tipo penal, percebe-se que foram introduzidos novos tipos penais em nosso ordenamento jurídico denominados de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, fazendo desaparecer o artigo 224 do CP, podendo ser visto sob a ótica do caráter absoluto a ele hoje dispensado em detrimento dos princípios constitucionais que regem o sistema normativo do Estado Democrático de Direito, bem como a exploração sexual de vulnerável e delitos vinculados a comportamentos de pedófilos.

Na lei pretérita, já eram intensas as preocupações com inúmeros julgados dos tribunais superiores ao desconsiderarem a relativização da presunção de violência em crimes contra menores de 14 anos, precisamente entre 12 anos e 14 anos. Com as mudanças determinadas pela nova lei, esperava-se que cessassem as discussões, mas estas ressurgem com as mesmas preocupações em vista da intrínseca relação com os princípios constitucionais e processuais penais quanto à aplicação das denúncias e decisões judiciais em condenações ou absolvições de réus incurso no atual artigo 217-A do CP (GRECO; RASSI, 2010).

Ainda com fundamento nas palavras de Greco e Rassi (2010, p. 103), entende-se que:

[...] a situação de vulnerabilidade quanto ao menor de 14 anos de idade, passou a ser elemento do crime de estupro de vulnerável, optando o legislador por manter a posição doutrinária de que o menor não tem liberdade, ou se tem, não tem consentimento para exercê-la em razão da idade. O critério é biológico, portanto. Não se trata, contudo, de um elemento de natureza absoluta. Como elemento do tipo, ele é normativo e, no caso específico, poderá ser interpretado de acordo com o que foi estabelecido com critério legal de menoridade no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, é considerado menor, ou criança, aquele que não atingiu 12 anos. A previsão estatutária da idade de 12 anos abre ensejo para que o intérprete utilize do aspecto da sociologia da sexualidade.

Assim, a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor de 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, reforçando a afirmação de (ROXIN, 1997, apud GRECO e RASSI, 2010) já acolhida de que a capacidade de compreensão é matéria de fato. No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, mantém a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo a tipicidade.

Alerta Nucci (2009, p. 22) que o nascimento do novo tipo penal não tornará sepulta a discussão acerca do caráter absoluto ou relativo da anterior presunção da violência.

Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para à prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa posição seria a correta para o doutrinador. 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. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção da violência- se relativo ou absoluto-, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14 anos. A proteção a Criança menor de 12 anos, segundo o entendimento do doutrinador, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.

Continuam afirmando os juristas que a questão da vulnerabilidade é matéria de fato, sem qualquer restrição, devendo ser constatada no caso concreto. Pela sistemática da jurista, se aquele portador de deficiência mental ou portador de enfermidade tiver discernimento para prática do ato, seu consentimento será válido, não havendo qualquer ofensa a sua liberdade sexual. Diferentemente do que ocorria na revogada lei, em que o legislador acolheu a postura de que o doente tem liberdade sexual e, dependendo do caso, poderá exercê-la desde que tenha discernimento para consentir, caso em que não haverá abuso sexual:

Se a vítima não pode oferecer resistência é porque não consentiu. Ainda que questione o fato de mesmo podendo não oferecer resistência, mas, no seu íntimo, possuir assentimento ao ato, se esta vontade não foi exteriorizada no mundo objetivo, de nada vale o assentimento interno, com base na “teoria

intermediária” ou “mediadora” por nós adotada (GRECO; RASSI, 2010, p.104).

Exemplificam os autores um caso em que mulher, sob efeito devastador do ópio, sem possibilidade de manifestar seu consentimento, é encontrada por agente que aproveita de sua situação para violá-la. Mulher em estado de paralisia completa, consciente de sua situação, mas sem ter condições nenhuma de expressar sua vontade no mundo exterior, é submetida pelo enfermeiro do hospital à conjunção, ato do qual ela internamente consente. Nos dois casos, não houve consentimento válido por parte das duas vítimas, já que estavam elas em circunstâncias tais que não podiam oferecer resistência, por mais que no segundo caso a vítima tenha anuído internamente ao ato.

Ao se confirmar a ausência do consentimento, configurada está a hipótese de vulnerabilidade, prevista no § 1º do artigo 217-A. Pai alcoólatra e violento pratica atos libidinosos com sua atemorizada filha, com um pouco mais de catorze anos, que não oferece qualquer resistência. Neste caso, também não houve consentimento válido de modo a haver exclusão de tipicidade. Isso porque a decisão do titular do bem jurídico sobre sua responsabilidade tem quer ser livre, o que não ocorreu quando se tem medo do agressor (Exemplo baseado no acórdão do TJSP-AC- Rel. Luiz Pantaleão- JTJ 143/286).

Diante dos casos em que há por parte da vítima o *timor reverentiae*, não há consentimento válido, estando a vítima em um estado de vulnerabilidade tal que fica impossibilitada a oferecer resistência, na medida em que o medo também pode ser subsumido na cláusula genérica “por qualquer outra causa” prevista no §1º, do art. 217-A (BRASIL, 1940).

#### **4.4 O consentimento da vítima como causa supralegal de excludente de ilicitude**

É de suma importância à análise do consentimento da vítima como causa supralegal de excludente de ilicitude. O ordenamento jurídico brasileiro, não faz qualquer referência às causas supraleais de justificação.

Não é sempre que o consentimento do portador do bem jurídico exclui em todos os casos a realização do tipo. Segundo Roxin (2009), o consentimento não irá excluir a tipicidade nos crimes sexuais em que o legislador denega desde o princípio, com uma presunção, a faculdade para uma livre e responsável decisão da vítima, seja pela sua

inexperiência, debilidade mental etc. Nesses casos, o legislador já declara no tipo a ineficácia do consentimento.

O consentimento, como sendo o ato de permissão, anuência ou aprovação tácita ou expressa, é visto pela doutrina como uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade, tendo em vista que a lei penal não aludiu expressamente a esta matéria.

O consentimento será eficaz, por exemplo, no caso de uma portadora do vírus HIV que mantém relação sexual com alguém e este consente que o portador não use preservativo durante o ato sexual, vindo este a não contrair o vírus durante a relação, não podendo acusar, portanto, o portador do vírus de tentativa de homicídio, pois o consentimento será considerado válido como forma de prova, o que não poderá ser afirmado que será absolvida tendo em vista que a vida é um bem indisponível, ao contrário da liberdade sexual que é considerado disponível tanto que ação penal é mediante representação nos casos de consentimento válido.

Por outro lado, o menor ou a menor de 13 anos de idade que mantém relação sexual com seu namorado de forma consentida, sem emprego de violência ou grave ameaça, após meses de namoro, estará o sujeito ativo correndo um sério risco de ter sua liberdade de locomoção cerceada após um processo longo e desgastante de crimes de natureza sexual, tendo em vista que o consentimento de sua namorada com a nova Lei n. 12.015/2009 não permite que tal anuência seja reconhecida no campo das provas.

Observa-se que ambos os exemplos estão relacionados à liberdade sexual de escolha do ser humano bem como à sua dignidade sexual, e relacionada a dois bens jurídicos idênticos para as vítimas, quais sejam: a liberdade de manifestação de sua vontade e desejo sexual inerente a qualquer ser humano normal; e a integridade física que, nas duas hipóteses, não foi atingida com meios violentos atentados contra o próprio corpo.

Ressalta-se que a exclusão de tipicidade, pelo consentimento, só existirá diante de uma livre decisão do titular do bem jurídico, por esse motivo, é de suma importância antes da análise da causa supralegal de excludente de ilicitude, analisar as condições de validade do consentimento.

No que diz respeito à manifestação do consentimento, Roxin (2009) adota a “teoria intermediária” ou “mediadora”. Segundo referida teoria, o consentimento não necessita ser expresso, mas deve ser de tal modo manifestado em uma ação conclusiva do consenciente que possibilite de ser aprendida.

Dessa forma, no crime de estupro, por exemplo, uma eventual “anuência interna” da mulher não manifestada expressamente no mundo sensível ou fenomênico, nem por palavras, gestos ou de qualquer outra maneira de modo a ser reconhecível por parte de quem pratica a

agressão sexual, não elide o crime. Pensar de forma diversa, ou seja, renunciar à manifestação externa para atender só “pensamentos mais íntimos” da mulher que, no caso, são contraditórios com suas atitudes, perderia a segurança jurídica de modo a possibilitar um campo excessivamente amplo de erros de tipo do autor.

Seguindo a linha de raciocínio do doutrinador em destaque, o consentimento do ofendido realmente não afasta o interesse público, no entanto, considera que se o lesado foi o criador do perigo por vontade própria, não se pode pretender que a norma penal atinja “ou busque atingir” - aquele que apenas materializou a criação do risco.

Continua o intérprete da teoria dizendo que, além disso, não só a ação do autor, mas também o resultado dever ser tido como objeto do consentimento, visto que é uma parte essencial do tipo. Como realizar o tipo segundo a concepção atual implica em todo caso e sem exceção, tanto em um desvalor da ação como do resultado, estando ambos inseparáveis, deve o consentimento válido recair sobre eles para caracterizar a exclusão de tipicidade.

Outro pressuposto de validade é que exista, por parte do consciente, capacidade de compreensão, uma vez que o consentimento deve sempre ser visto como expressão da liberdade de ação em geral, que se torna eficaz somente quando houver o entendimento suficiente do sentido e das conseqüências da sua expressão.

A capacidade de compreensão e juízo é uma questão de fato, o que não depende de limite de idade. Dessa forma, é o caso de alguns menores que mesmo com 16 anos de idade, têm capacidade de compreensão menor que outros de 14 anos incompletos, mas amadurecidos.

Em sentido contrário, Pierangelli (1992), entende que diante da ausência de disposição legal em nosso ordenamento, fica claro que o critério a ser seguido é o da inimputabilidade, ou seja, 18 anos, “até porque os menores dessa idade ficam sujeitos a normas estabelecidas na legislação especial (art. 27 do Código Penal)”.

É lícito concordar em parte com esse pensamento da inimputabilidade, afinal se um jovem de 17 anos de idade pratica relação sexual com vítima menor de 14 anos de idade, haverá a exclusão da culpabilidade por ser inimputável os menores de 18 anos de idade, porém, responderá com as medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, se a vítima, na data do fato, estiver com menos de 12 anos de idade e manter relação sexual com o autor também menor de 12 anos de idade, este não responderá pelo crime por ser inimputável e nem às medidas impostas pelo referido Estatuto por ser menor de 12 anos de idade. Não se pode deixar de mencionar que seria um caso impossível

pelo fato da própria pesquisa da UNESCO ter confirmado casos em que as pessoas começam a manter relações sexuais com baixa idade.

Apesar da omissão da legislação brasileira a respeito da possibilidade de se reconhecer a existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, a doutrina e a jurisprudência nacionais admitem a sua viabilidade dogmática. Aliás, a existência de causas justificantes supralegais é uma decorrência natural do caráter fragmentário do Direito Penal, que jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam justificar-se perante a ordem jurídica, mesmo quando eventualmente venham a se adequar a algum tipo penal.

Segundo Toledo (2002), essas causas supralegais podem encontrar seu fundamento nos princípios gerais de direito, na analogia e nos costumes. No entanto, diante da regulamentação das excludentes de criminalidade no nosso Código Penal, sobra pouco espaço para a ocorrência de alguma excludente supralegal, com exceção, por exemplo, do consentimento do ofendido.

Hungria (1954), por sua vez relata que o caráter dinâmico da realidade social permite a incorporação de novas pautas sociais que passam a integrar o cotidiano dos cidadãos, transformando-se em normas culturais amplamente aceitas. Por isso, condutas outrora proibidas adquirem aceitação social, legitimando-se culturalmente. Como o legislador não pode prever todas as hipóteses em que as transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, inicialmente proibidas, deve-se, em princípio, admitir a existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, em que pese alguma resistência oferecida por parte da doutrina.

Hoje, há casos de meninas e de meninos de 13 anos de idade que já têm namorado e mantêm relação sexual regular e consentida, inclusive, com a anuência dos pais que preocupados administram essa situação de forma objetiva tais como: consultas em ginecologistas periodicamente, camisinha, fornecem quarto na sua própria residência pelo fato do aumento da criminalidade em motéis, dentre outros auxílios. Seria talvez razoável definir que até 12 anos de idade, período da infância, definido no Estatuto da Criança e do Adolescente, a relação sexual seria considerada violência e nos demais casos, o Magistrado analisaria cada caso concreto.

As hipóteses relacionadas no artigo 23 do Código Penal, embora não sejam exaustivas, deixam pouco espaço, na verdade, para causas supralegais, nada impedindo que, configurada sua ocorrência, seja reconhecida naturalmente. Caso típico é o consentimento do

ofendido, mas somente aquele que se impõe de fora para dentro, para excluir a ilicitude, sem integrar a descrição típica.

Segundo Calhau (2003), depende da seriedade do consentimento, da capacidade jurídica e mental da vítima para emitir um consentimento válido, da finalidade do ato para o qual consente e de outros fatores, e não terá aquela força se verificarem razões de ordem pública contra o seu reconhecimento.

Em muitas figuras delituosas no nosso Código Penal, a ausência de consentimento faz parte da estrutura típica como uma característica negativa do tipo. Logo a presença de consentimento afasta a tipicidade da conduta que, para configurar crime, exige o dissenso da vítima, que é o caso do estupro previsto no art. 213 do Código Penal, afinal o consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida venha a se adequar a um modelo abstrato de proibição.

O grande problema do consentimento do menor de 14 anos nos, moldes do artigo 217-A, está justamente na ausência de um dos requisitos necessários para que o consentimento justificante seja aplicado, qual seja que o ofendido, no momento de consentir, possua capacidade para fazê-lo, isto é, compreenda o sentido e as conseqüências de sua aquiescência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, que teve como objetivo fazer uma análise crítica das mudanças do Código Penal com as repercussões no Título VI, denominado, anterior à Lei n. 12.015 de 2009, “Dos Crimes contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, com foco nos denominados vulneráveis menores de 14 anos de idade, cumpre ressaltar algumas considerações relevantes.

Importante frisar que o estudo mostrou que o Brasil é, na atualidade, um Estado Democrático de Direito, submetido aos ditames da lei, a separação dos poderes e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, previstos na Lei Magna de 1988. Nessa perspectiva, qualquer conduta atentatória a esses direitos, cujo caráter é indisponível, está violando o ordenamento disposto na Constituição.

Diante desta afirmação, verifica-se que a Constituição Federal está colocada no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, e assim, as demais normas infraconstitucionais devem seguir suas orientações e diretrizes que, ao reverso, configuram caráter de inconstitucionalidade, em virtude do Estado Democrático de Direito conceber sua norma jurídica somente em consonância com os Princípios Constitucionais.

E, é nessa linha de concepções que o Direito Penal deve seguir, orientado segundo o ordenamento constitucional ou tornar-se um direito apócrifo, pois a sociedade, diante de tantas lutas pela liberdade e igualdade em tantos séculos, não mais aceita um direito utilizado como instrumento de repressão, exclusão e contrário aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito. A observação atenta aos capítulos iniciais da carta Magna de 1988 leva à conclusão de que são dedicados aos direitos e garantias fundamentais, e somente após eles é a referida Carta tratou do Estado, de sua organização e do exercício dos poderes constituídos. O artigo 1º, em seu inciso III, apresenta como um dos seus mais nobres fundamentos a dignidade da pessoa humana.

E assim, em razão da dignidade da pessoa humana, foi observado no estudo que, com o surgimento do artigo 217-A, intitulado “estupro de vulnerável”, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, atendeu-se somente ao critério formal, pois descreveu a conduta típica em lei, atendendo ao princípio da legalidade, porém não levou em consideração a sua potencialidade lesiva quando admitiu haver crime sem emprego de violência real, mas sim, uma presunção de vulnerabilidade em razão da tenra idade da vítima para consentir.

Por outro lado, no que se refere ao princípio da Adequação social, foi observado no estudo que, para que se possa atingir os fins sociais do Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve tipificar condutas que tenham relevância social. A repressão ao crime contra a pessoa denominada de vulnerável, inquestionavelmente é importante em uma sociedade democrática, no entanto, está proteção dada pelo legislador com o advento da Lei n. 12.015/2009, incriminou toda e qualquer conduta sexual praticada com a anuência de um menor entre 13 anos e 14 anos incompletos, não considerando que o jovem, segundo o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, tenha discernimento e conhecimento necessário para a prática de atos de qualquer natureza.

Ao analisar o tipo descrito no artigo 217-A, constatou-se que, o legislador não levou em conta a responsabilidade subjetiva, ferindo o princípio da culpabilidade que contrapõe a responsabilidade objetiva, tendo em vista que basta realizar qualquer conduta descrita no tipo penal com uma pessoa menor de 14 anos de idade para configurar o crime, não importando as circunstâncias fáticas em que foi realizado, ou se vítima consentiu ou se tinha discernimento para tal, ferindo inclusive o princípio do contraditório por não permitir ao suposto violador provar que tal infante no momento do ato ter necessário discernimento do que estava fazendo e muitas das vezes com a anuência familiar, fatos estes irrelevantes para a tipificação.

Analysaram-se também, outros princípios constitucionais e processuais penais relacionados à proteção infante juvenil, especificamente aos denominados vulneráveis menores de 14 anos de idade, bem como princípios norteadores ao bom desempenho processual para que haja julgamento justo e humano àqueles que também se encontram em situação de desvantagem processual, diante do fato que crimes desta natureza, por si só, já trazem em sua bagagem repugnância e intolerância aos olhos dos julgadores antes mesmo do devido processo legal.

Constatou-se ainda, que a meta inicial da lei, criada para buscar soluções para os conflitos de interpretação do antigo Código Penal, trouxe modificações substanciais ao Título VI deste diploma ao introduzir alguns tipos penais incriminadores, suprimir outros e unificar tipos antigos, como os analisados neste estudo, além de alterar normas em geral, até porque, conforme observado no presente trabalho, a preocupação social que clamou ao legislador tais modificações, foi gerada em torno do elevado índice de exploração sexual infantil, restando clara a intenção de reprimir tais abusos sexuais contra crianças e adolescentes.

Embora a lei tenha mudado todos os aspectos dos crimes contra a dignidade sexual (artigos. 213 a 234-C do CP), alguns pontos já discutidos na antiga lei continuam em evidência e ainda permitirão discussões em busca de respostas no que tange os princípios

constitucionais violados, em razão da antiga presunção de violência ter se transformado na presunção de vulnerabilidade que elevou o crime à análise objetiva de caráter absoluto na seara doutrinária e jurisprudencial.

O novo tipo penal previsto no artigo 217-A, afastou as hipóteses de presunção de violência previstos na lei anterior, e as contemplou com um tipo autônomo, com presunção de lesão ao bem jurídico pela especial posição de vulnerabilidade. Não se tratando mais de violência presumida, mas sim de presunção de lesão ao bem jurídico liberdade sexual pela condição de vulnerabilidade da vítima. Com as devidas alterações, observou-se no presente estudo que a prática de atos libidinosos e conjunção carnal com menores de 14 anos de idade, necessariamente, lesiva à dignidade sexual.

As mudanças pouco somaram, pois o que se percebe é um julgamento linear, que desconsidera totalmente as diferentes condutas de pessoas e padroniza todas como se todas fossem iguais, praticando em muitos casos a injustiça sem considerar a evolução das sociedades em todos os setores. É de suma importância a proteção da criança e do adolescente, mas não deixa de ser relevante o respeito à dignidade humana, aos princípios constitucionais muitas vezes violados, com conseqüentes situações irreversíveis para sanar os erros cometidos.

Verificou-se no estudo a relevância de proteger a criança e os menores de 14 anos contra a pedofilia e qualquer forma de abuso e exploração sexual, dentre outros crimes vistos neste estudo, estendendo-se ao adolescente menor de 18 anos, mas ignorar os avanços de uma sociedade que aceita o namoro e o precoce participação desses menores na vida social, sem análise de cada caso, individualmente, é negar, nos mesmos moldes do passado da “presunção de violência” que tardiamente foi relativizada, o desejo, a sexualidade desses menores que necessitam de uma educação sexual mais efetiva nas escolas e na família, com profissionais preparados para ajudá-los a fugirem das armadilhas do mundo do qual irão participar como verdadeiros cidadãos e cidadãs para saberem, sim, lidarem com a evolução, com suas dificuldades, porque leis polêmicas, repletas de falhas e inconstitucionais já sobram neste nosso país.

O tempo gasto com polêmica poderia ser gasto com projetos educacionais mais efetivos, com políticas públicas direcionadas para oferecer uma educação de qualidade e diminuir as desigualdades sociais.

A dignidade sexual, nascida no mesmo berço da dignidade da pessoa humana só será realidade e afastará crianças e adolescentes das situações de risco quando forem melhor alimentadas e instruídas no seio de famílias também bem instruídas, bem alimentadas com

empregos dignos para que deixem de ser excluídas de um sistema capitalista selvagem onde poucos se interessam pelos muitos que precisam de atenção, na saúde, na educação e pela legislação que muito lentamente lembra desses pequenos brasileiros e, quando lembram, pensam que estão fazendo justiça, mas na verdade ainda estão mantendo discussões inúteis e desnecessárias sem respostas no campo da praticidade, pois se de um lado pensam que resolveram um problema, por outro, criaram outros ao violarem princípios que são a base, o sustentáculo, a coluna mestra de um Estado Democrático de Direito.

O que se defende no presente trabalho não é somente uma questão social, mas também jurídica, pois, ao que se observou ao longo do presente estudo foi que, caso a punição advenha apenas do contato sexual com a pessoa vulnerável sem emprego de violência, apenas com a justificativa de ausência de consentimento válido e discernimento, estaríamos consagrando em nosso direito a temerária responsabilidade objetiva, em que o agente ativo responde pelo delito independente de ter agido com o dolo ou culpa. No nosso Direito Penal moderno, a responsabilidade é subjetiva, dolo e culpa devem ser provados, observando a aplicabilidade dos princípios do devido processo legal e contraditório, sendo totalmente inadmissível a presunção de culpabilidade.

Além disso, entendemos que, com a reforma legislativa observa-se um verdadeiro retrocesso no que tange à ausência de discernimento entre os jovens de 13 anos a 14 anos de anos de idade nos dias atuais. Não há mais segundo a Lei n. 12.015/2009 que se discutir presunção de violência, eis que agora é denominada de presunção de vulnerabilidade da vítima, devendo prevalecer sua natureza de caráter absoluto de tal presunção.

Com efeito, a norma do artigo 217-A, do Código Penal, por inserir no ordenamento jurídico infraconstitucional um conceito implícito de presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima, quando menor de 14 anos, revela-se conflitante com princípios constitucionais, penais e processuais, alguns positivados constitucionalmente como cláusula geral de proteção da personalidade, porquanto retirando da suposta vítima o direito a uma relação sexual desejada e consentida, incriminando a conduta daquele que concorre para o ato.

Por fim, toda presunção de lesão ao bem jurídico é, a princípio inconstitucional, por ser violadora dos princípios da dignidade, igualdade, inocência, culpabilidade, da adequação social, contraditório e ampla defesa e proporcionalidade, eis que o réu não responde pelo que fez, mas pelo que se presume que o fez. Desta forma, o único meio para a interpretação correta do artigo 217-A do Código Penal, sem ferir normas e princípios Constitucionais, seria analisá-lo nos ditames constitucionais e processuais penais para que resulte em uma decisão justa, eficaz, correta e indiscutível.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **História de filosofia**. Tradução Antonio Borges Coelho e Franco de Sousa. Lisboa: Editorial Presença. 1991, v. I.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Candido Mendes. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal** - Recompiladas por mandado D'el-Rey D. Phillippe I. 14. ed., segundo a primeira de 1.603, e a nona de Coimbra de 1.824. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

ANDRADE, Líbia Maria Almeida de. A sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Revista da Faculdade de Direito da UNIFACS**, Salvador, v. 1, p. 231, 2001.

AROCA, Juan Montero. **Princípios del proceso penal**: uma explicacion basada em la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

ÁVILA, Humberto .**Teoria dos princípios**: da definição á aplicação dos princípios.10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

BALLONE, Geraldo José. **Violência e agressão**: da criança, do adolescente e do jovem. PsiqWeb Psiquiatria Geral, 2001. Disponível em: <<http://sites.uol.com.br/gballone/infantil/conduita2.html>>. Acesso em: 2 fev. 2011.

BARANDIER, Antônio Carlos da Gama. **Garantias fundamentais e a prova**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BÁRTOLI, Márcio. A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 678, p. 412, abr. 1992.

BERTASSO, Marcelo. **O desproporcional “estupro de vulnerável”**. Disponível em: <<http://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 5 set. 2011.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio Garcia-Pablo; GOMES, Luis Flávio. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. 2ª. edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Portal do Planalto, Brasília, DF**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. Código de Menores - Decreto N. 17.943 A – de 12 de outubro de 1927. **Portal do Planalto, Brasília, DF**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <<http://limeira2cr.com/2010/03/14/codigo-de-processo-penal-atualizado-ate-12-de-marco-de-2010-texto-compilado/>>. Acesso em: 22 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Código de menores. **Portal do Planalto, Brasília, DF**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm)>. Acesso em 20 de ago. de 2011.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Portal do Planalto, Brasília, DF.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado n.º 253, de 2004. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. **Ministério Público [do] Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/legislacao/id2893.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5.º da Constituição Federal e revoga a Lei n.º 2.252, de 1.º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Portal do Planalto, Brasília, DF.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Ag Rg no AI N.º 706.012 – GO. Relator: Laurita Vaz. J. Brasília, 23 de fevereiro de 2010. v.u. **Superior Tribunal De Justiça.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 6 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1021634 SP 2008/0003201-1- TO. Relator: Jorge Mussi. Brasília, 04 de outubro de 2010. **Superior Tribunal De Justiça.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 4 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp 46.424, D.J.U. 08/08/1994. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, [s.d]. **Superior Tribunal De Justiça.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 4 set. 2011

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ap.14194.0.213, Relator: Juarez Távora deAzevedo Coutinho. Goiânia, 11 de abril de 1995. **Superior Tribunal De Justiça.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ap.1.0686.03.079734-0/001. Relator: Eduardo Brum. Belo Horizonte, 12 de agosto de 2008. **Superior Tribunal De Justiça.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 1.0232.03.002797-2/001. Relator: Antônio Armando dos Anjos. Brasília, 15 de julho de 2009. **Superior Tribunal De Justiça.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 6 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ap. nº 1.0471.05.040375-0/001. Des. Júlio Cezar Guttierrez. Relator: Delmival de Almeida Campos. Brasília, 08 de junho de 2011. **Superior Tribunal De Justiça**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 8 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. CP, art. 107, VIII; RI-STF, art. 193, II. Habeas Corpus n.º 74700 - PR, D.J.U. Curitiba, 09 de maio de 1997. Relator Ministro Maurício Correa. **Superior Tribunal De Justiça**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 8 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Des. Antônio Armando dos Anjos, APCrim. nº 1.0034.09.054775-2/001. Brasília, 05 de novembro de 2010. **Superior Tribunal De Justiça**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 8 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 494792 / SP. Relator: Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP). Brasília, 02 de fevereiro de 2010; DJe.: 22/02/2010. **Superior Tribunal De Justiça**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 8 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RT 733/629. Relator Otávio Augusto. Brasília, [s.d]. **Superior Tribunal De Justiça**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 8 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 28 Turma, HC 73.662-9/MG. Relator Min. Marco Aurélio. Belo Horizonte, 21 de maio de 1996. DJU 20.09.1996. **Superior Tribunal De Justiça**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/STJ>>. Acesso em: 4 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa. **Superior Tribunal de Justiça**. Publicado em: 27/03/2012. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175)>. Acesso 28 de mar. 2012.

BURGESS-JACKSON, Keith. **A history of rape law**. In: A most detestable crime. New philosophical essays on rape. New York: Oxford University Press, 1999.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Leonardo Mata de. Comparativo entre o Código de Menores (Lei n.º 6.697/79) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90). **Unifacs, Salvador, BA**.

Disponível em:

<[http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_abril2001/corpodiscente/graduacao/comparativo.htm](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_abril2001/corpodiscente/graduacao/comparativo.htm)>. Acesso em: 15 out. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O papel da jurisprudência**. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: RT, 2001.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. **Crimes sexuais com adolescentes**. Particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal português. Coimbra: Almedina, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **El derecho penal ante el sexo** (limites, critério de concreción y contenido del derecho penal sexual). Barcelona: Bosch, 1998.

DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachussets: Harvard University Press, 1999.

ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e assédio sexual**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ESTAÑOL VIDAL, Bruno. **La violênci**a. In: Violência sexual. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

FARIA, Antônio Bento. **Código penal brasileiro comentado**. Rio de Janeiro: Record, 1961, v.VI.

FEITOZA, Denílson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. ampl., e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antônio Scaranze. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Daniela. Relatório defende idade penal de 12 anos na França. **Folha**. Publicado em: 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://folha-online.jusbrasil.com.br/noticias/320899/relatorio-defende-idade-penal-de-12-anos-na-franca>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

FONSECA, Guido. **História da prostituição em São Paulo**. São Paulo: Resenha Universitária, 1982.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.

FURLANETO NETO, Mario; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. Elementos documentais como subsídio à investigação do crime de pornografia infantil na internet. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, INFORMAÇÃO É ÉTICA 2, 2003. Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: ENIDJ, 2003, [s.p].

GARCIA, Maria. Juventude e violência: a maioridade penal e a ética da responsabilidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 62, 2007.

GÊNOVA, Jairo José. O consenso e a reparação do dano como solução de conflitos penais. In: PADILHA, Norma Sueli, NAHAS, Theresa Cristina e MACHADO, Edinilson Donisete. (Coords.). **Gramática dos direitos fundamentais**. A Constituição Federal de 1988, 20 anos depois. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. 1989. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRAÇA, Camila Barroso; REIS, Claudéan Serra. Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos. **Jurisway Sistema Educacional**. Publicado em: 25 out. 2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4902](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902)>. Acesso em: 2 ago. 2011.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas. 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUIMARAES, Isaac Sabbá. **Direito penal sexual: fundamentos e fontes**. Curitiba: Juruá, 2003.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais: estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954.

HART, Stuart N. From property to person status. **American Psychologist**, n. 1, v. 46, p. 53-59, jan. 1991.

HUNGRIA Nelson. **Comentários ao código penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. v.VIII.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Igualdade**. Dicionário básico de filosofia. 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. Pedofilia na legislação penal brasileira. **Via6**. Publicado em: 6 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.via6.com/topico/30816/pedofilia-na-legislacao-penal-brasileira>>. Acesso em: 6 ago. 2011.

JESCHECK, H. H. **Tratado de derecho penal**. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1976.

JHERING, Rudolf Von. **A evolução do direito**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1950.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, n.2, P. 282, 2/sem. 1996.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Púlio Caio Bessa. **Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA, Delcio Monteiro de. **O comportamento sexual brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria São Francisco Alves Editora, 1978.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal de estupro. Formas típicas qualificadas e concurso de crimes. **Jus Navigandi**. Publicado em: 6 set. 2009. Teresina, ano 14, n. 2258, set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13462>>. Acesso em: 29 out. 2011.

LOPES, José Mouraz. **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal**. De acordo com a alteração do código penal operada pela Lei n. 99/2001, de 25 de agosto. Coimbra: Coimbra, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução Paolo Capitanio. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 1995.

MANZINI, Vicenio. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIGLIACCI, Rafael. Considerações acerca da lei n.º 2.015/2009 e seus efeitos no controle da criminalidade. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Publicado em: 21 jan. 2010. Disponível em: < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10304](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10304)>. Acesso em: 02 de fev.2012.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo II e IV.

MOLAIB, Maria de Fátima Nunes. Crianças e adolescentes em situação de risco e suas relações com a instituição Conselho Tutelar. **Jus Navigandi**. Publicado em: abr. 2006.

Teresina, ano 11, n. 1015. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8231>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional: teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

NATSCHERADETZ, Karl. **O direito penal sexual: conteúdo e limites**. Coimbra; Almedina, 1985.

NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Editora RT, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

\_\_\_\_\_. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora RT, 2010.

\_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**: São Paulo: Editora RT, 2010.

OLIVEIRA, José de Alcântara Machado de. **Projeto do código criminal brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1938.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte integral. São Paulo: Editora RT, 2004. v. 1.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. Teoría general - Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

PIERANGELLI, José Henrique. **Escritos jurídicos - penais**. São Paulo: Editora RT, 1992.

PRIMEIRA relação sexual e capitais de Unidades da Federação (em %). **UNESCO**. Disponível em: <<http://editora.globo.com/epoca/edic/303/unesco.htm>>. Acesso em: 12 out. 2011.

RESEK, Francisco. Tribunal penal internacional: princípio da complementaridade e soberania. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, nº11, ago. 2000.

RODRIGUES, Júlia de Arruda; CARDOSO, Larissa Ataíde; CABRAL, Lina Marie; et. al. Novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica. **Jus Navigandi**. Publicado em: 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13908/o-novo-tipo-penal-estupro-de-vulneravel-e-suas-repercussoes-em-nossa-sistematica-juridica/5>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

ROSEMBERG, Sérgio. **Neuropediatria**. São Paulo: Sarvier, 2000.

ROSEMBERG; MARIANO. Convenção internacional dos direitos da criança. **Cadernos de Pesquisa**, v. 40, n.141, set./dez. 2010.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990 – Artigo por Artigo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁNCHEZ TOMAS, José Miguel. **Los abusos sexuales en el código penal de 1995: em especial sobre o menor de doce anos y abusando de transtorno mental**. Cuadernos de política criminal. Madrid: Edersa, 1997. v. 61.

SANTIN, Valter Foletto. Segurança pública na Constituição Federal. In: RAMOS, Dirceu Torrecillas; COSTA, Ilton Garcia; ROTH, Ronaldo João (Orgs.). **Direito Militar: doutrina e aplicações**. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011.

SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEDA, Edson. **Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Jean Felipe Ibaldo Cantarelli da. **O princípio do contraditório como requisito do processo**. 2002. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2002. Disponível em: <[http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-civil/silva\\_contraditorio.htm](http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-civil/silva_contraditorio.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Renato Jorge de Melo. **Crimes sexuais** – Bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVEIRA, Sérgio Augusto. Prostituição infantil. Enfoque jurídico do sexo-turismo no Brasil. **Campus Fortunecity**. Disponível em: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m06-003.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

STEVENS, P; EIDE, Marian. The first chapter of children's rights. **American Heritage**, p. 84-91, jul./Aug., 1990.

SIMÕES, Celso. **Síntese dos direitos da criança e do adolescente e das principais violações**. São Paulo: Malheiros, 2000.

STERN, Klaus. **Das staatsrecht der bundersrepublik deutschland**. Tradução livre do autor. Munique: C. H. Beck, 1984.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

THOMAZ, Kleber. Jovem de 18 anos é preso por beijar garoto de 13 em shopping. **Portal G1**. São Paulo. Publicado em: 11 nov. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/11/jovem-de-18-anos-e-preso-por-beijar-garoto-de-13-em-cinema-de-shopping.html>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2002.

VELOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. **Princípios constitucionais fundamentais**. São Paulo: Lex editora, 2005.

WELZEL, Hans, **Derecho penal alemán**. Tradução Juan BustosRamirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2002.

## ANEXOS

## ANEXO A

## Condenada professora que manteve relações sexuais com aluna

### Cristiane Barreiras, 33, deverá cumprir 12 anos de prisão por ter mantido relações sexuais com aluna de 13 anos

A professora de matemática Cristiane Teixeira Maciel Barreiras, de 33 anos, foi condenada pela 2ª Vara Criminal da Capital a cumprir 12 anos de prisão por manter relações sexuais com uma aluna de 13 anos. As duas se conheceram em 2010, na Escola Municipal Marechal Rondon, na zona oeste do Rio, unidade em que Cristiane lecionava.

O juiz Alberto Salomão Júnior considerou a professora culpada pelos crimes de estupro de vulnerável e pelo crime ter caráter continuado, ou seja, ter ocorrido mais de uma vez.

Em sua sentença, o magistrado ressaltou o fato de Cristiane não ter negado o crime. Em relação ao depoimento da menor, afirmou que "efetivamente a acusada satifez a própria lascívia, praticando com a vítima diversos atos libidinosos.

(...) Típica a conduta da acusada, eis que consciente da menoridade da vítima, com esta praticou e a constrangeu, mediante violência presumida, à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal".

Em seu depoimento, a menor D. disse que em todos os encontros "havia beijos na boca e toques libidinosos". O juiz considerou também o abalo psicológico da vítima que declarou "sentir grande amor pela acusada e, por tal motivo, pretendia, à época do namoro, com a mesma viver por toda a vida".

Como não foi comprovado que uma amiga da menor presenciou os crimes, Cristiane foi absolvida da acusação de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente.

O juiz a condenou à pena mínima pelos crimes - 8 anos em regime fechado - ao considerar "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade da agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima".

Foram acrescentados mais 4 anos de reclusão pois os encontros foram continuados. A professora não poderá apelar em liberdade.

#### **Mãe que fez denúncia**

No dia 27 de outubro do ano passado, a mãe da vítima registrou queixa de desaparecimento da filha e disse desconfiar que ela estivesse com a professora, pois as duas trocavam ligações telefônicas com frequência.

A mãe já havia feito queixa ao diretor da Escola Municipal Rondon, onde a jovem estudava, e ele somente a transferiu de unidade, a pedido da Secretaria Municipal de Educação.

Os policiais foram, então, até a casa da educadora e souberam pelo marido da acusada que ela também estava desaparecida. Cristiane foi presa e confessou que estava com a jovem em um motel.

Em seu depoimento, ela acrescentou que vinha se relacionando com a adolescente há cinco meses. Os encontros ocorriam no horário escolar, para evitar que os parentes suspeitassem.

**Bruna Fantti, iG Rio de Janeiro | 27/01/2011 09:32**

Site:<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/condenada+professora+que+manteve+relacoes+sexuais+c+om+aluna/n1237970595379.html>

## ANEXO B

Quadro 2 - Primeira relação sexual e capitais de Unidades da Federação (em %).

<b>Proporção de alunos do ensino fundamental e médio, por sexo, segundo faixa etária da primeira relação sexual e capitais de Unidades da Federação (em %)</b>				
<b>Capital</b>	<b>Faixa etária da primeira relação sexual</b>	<b>Sexo</b>		<b>Total</b>
		<b>Masculino</b>	<b>Feminino</b>	
<b>Belém</b>	10 a 14 anos	66,1	21,9	46,5
	15 a 19 anos	33,1	73,6	51,1
	20 a 24 anos	0,8	4,5	2,4
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Cuiabá</b>	10 a 14 anos	65,7	31,7	53,3
	15 a 19 anos	34,3	64,4	45,3
	20 a 24 anos	0,0	3,8	1,4
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Distrito Federal</b>	10 a 14 anos	61,6	24,3	43,1
	15 a 19 anos	37,5	72,1	54,7
	20 a 24 anos	0,9	3,6	2,2
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Florianópolis</b>	10 a 14 anos	54,3	26,2	42,6
	15 a 19 anos	45,7	71,8	56,6
	20 a 24 anos	0,0	2,0	0,8
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Fortaleza</b>	10 a 14 anos	57,5	26,7	45,8
	15 a 19 anos	42,5	71,1	53,4
	20 a 24 anos	0,0	2,2	0,8
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Goiânia</b>	10 a 14 anos	56,0	28,7	46,4
	15 a 19 anos	43,6	66,4	51,6
	20 a 24 anos	0,4	4,9	2,0
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Manaus</b>	10 a 14 anos	69,8	35,5	56,9
	15 a 19 anos	30,2	63,4	42,7
	20 a 24 anos	0,0	1,1	0,4
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Porto Alegre</b>	10 a 14 anos	63,0	38,6	53,9
	15 a 19 anos	36,6	60,7	45,6
	20 a 24 anos	0,4	0,7	0,5

	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Recife</b>	10 a 14 anos	63,3	27,0	51,6
	15 a 19 anos	35,6	68,5	46,2
	20 a 24 anos	1,1	4,5	2,2
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Rio de Janeiro</b>	10 a 14 anos	57,0	27,6	45,9
	15 a 19 anos	42,6	71,6	53,5
	20 a 24 anos	0,4	0,7	0,6
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Salvador</b>	10 a 14 anos	67,5	27,1	50,1
	15 a 19 anos	32,5	71,9	49,5
	20 a 24 anos	0,0	1,0	0,4
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>São Paulo</b>	10 a 14 anos	61,4	34,3	51,9
	15 a 19 anos	38,6	65,7	48,1
	20 a 24 anos	0,0	0,0	0,0
	Total	100,0	100,0	100,0
<b>Vitória</b>	10 a 14 anos	64,1	26,9	48,1
	15 a 19 anos	34,9	70,3	50,1
	20 a 24 anos	1,0	2,8	1,8
	Total	100,0	100,0	100,0
Notas - Foi perguntado aos alunos: <i>Quantos anos você tinha quando transou pela primeira vez?</i>				

Fonte: UNESCO – Editora Globo [ADAPTAÇÃO NOSSA]