

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

José Wilson De Araújo Júnior

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO
DA VULNERABILIDADE**

SOUSA-PB

2016

JOSÉ WILSON DE ARAÚJO JÚNIOR

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo

SOUSA-PB

2016

JOSÉ WILSON DE ARAÚJO JÚNIOR

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo

BANCA EXAMINADORA: Data da aprovação: ____/____/____.

Prof^a. Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo
Orientadora

Membro da banca examinadora

Membro da banca examinadora

*“O maior juiz de seus atos deve ser você mesmo e
não a sociedade.”*

DALAI LAMA

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Pai Celestial, por ter me dado benção em toda minha caminhada na busca de concluir mais uma etapa da minha vida, contribuindo com saúde, amor, paz e força para superar todos obstáculos ao longo dessa trajetória.

A Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), seu corpo docente, direção e administração pela oportunidade de fazer o curso de direito, mesmo contribuindo tanto diretamente quanto indiretamente.

À professora Carla Pedrosa, por ter me ajudado pacientemente em sua orientação, mesmo no pouco tempo disponível, permitindo com todo o seu conhecimento, apoio e incentivo que tornaram possível a conclusão deste trabalho de conclusão curso.

Aos meus amigos que estiveram sempre presente ao longo dessa caminhada, desde a minha chegada na cidade de Sousa-PB, em fevereiro de 2011, compartilhando desde do começo com momentos inesquecíveis. Agradecendo primeiramente aos amigos Sandoval e Vinícius, meus primeiros amigos e que continuam ao meu lado até hoje, lembro que no início, os dois me acolhiam quase que diariamente no antigo apartamento do Ribeirão, me deixando acomodar a minha rede lá no cantinho. Eternamente grato por me ajudar nos primeiros momentos longe da família.

A minha família fora de casa, o eterno “CDB”, independentemente de onde e quando estiver, estará nas minhas eternas lembranças, dentre elas estão, Paulo, Dênis, Valter, Leon, a galera de Pau do Ferros: Talys, Hiego, Jeverson, Gabriel e Caio, os baianos: Heitor e Breno. Agradeço muito a todos, que facilitaram na passagem desses longos anos fora de nossas casas, tornando nosso “CDB” um novo lar para cada um.

Aos “Adevogados”, geralmente conhecidos como os mediócras. Como dizemos, fomos um grupo escolhido a dedo. Cada um com suas peculiaridades, com suas histórias, com suas crenças e pensamentos, porém, todos com a mesmo objetivo de compartilhar energias positivas entre si, agradeço a Paulo, Arnaldo, Kamila, Amanda, Ingra e a Ana Sávvia. Existem amizades que se tornam eternas, mesmos que as condições mudem ou os seus caminhos sejam distintos. Desejo que a nossa seja uma dessas.

Aos meus amigos da “galera do fundão” e dos “dirmas”, grupos de pessoas que poderiam ser iguais a outros cem, mas que fiz delas meus amigos, se tornando únicos no mundo. Mesmo que distantes, de corpo, permanecemos ligados pelo forte laço da amizade.

E por fim, não menos importante, um agradecimento especial a painho, Zé, que em todos os momentos de precisão e dificuldades esteve ao meu lado me aconselhando com toda

a sua experiência de vida, a mainha, Dona Marlete, por ter me colocado em todas as suas orações diárias, me dando força e fé para continuar o meu trajeto, e as minhas irmãs, Leilanne e Lidianne, por mostrarem e darem exemplos com sabedoria. Saudade foi um sentimento diário nesses anos de curso morando longe de casa.

RESUMO

A lei 12.015/09 alterou de forma significativa dispositivos do Código Penal, ao prever os crimes contra a dignidade sexual, que na redação anterior eram denominados crimes contra os costumes, expressão essa que demonstrou estar defasada com a evolução social. Além disso, outra modificação introduzida pela referida norma consubstanciou na previsão do crime de estupro de vulnerável tipificado no artigo 217 – A da referida norma penal. A inserção de tal crime tem sido alvo de sérias discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tendo parcela da doutrina e da jurisprudência entendido que a vulnerabilidade tratada pelo legislador é absoluta, e, a outra parte entende que em algumas situações o magistrado pode relativizar o alcance dessa vulnerabilidade, fazendo com que em alguns casos haja decisão justa fundamentada no princípio da proporcionalidade. Ao analisar a jurisprudência verifica-se que o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba em diversas oportunidades tem relativizado o conceito de vulnerabilidade previsto no Código Penal, principalmente quando o ato sexual é praticado tendo a consonância do indivíduo menor de 14 anos ou em situações em que a vítima já conviva maritalmente com o autor do estupro de vulnerável. Ademais, tais hipóteses justificam a relativização do conceito da vulnerabilidade nos crimes sexuais.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes contra a dignidade sexual. Estupro de vulnerável. Relativização. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

Law 12.015 / 09 changed significantly provisions of the Penal Code, to provide for crimes against sexual dignity, which in the previous wording crimes were called against custom, an expression which proved to be lagged with social evolution. In addition, another amendment made by this standard embodied in the forecast of vulnerable rape crime typified in article 217 - A of said criminal standard. The insertion of such a crime has been subject to serious doctrinal and jurisprudential discussions, taking part of the doctrine and understood law that the vulnerability addressed by the legislature is absolute, and the other party understands that in some situations the magistrate can relativize the scope of this vulnerability causing in some cases there just decision based on the principle of proportionality. By analyzing the case law it appears that the Paraíba State Court of Justice on several occasions has relativized the concept of expected vulnerability in the Penal Code, especially when the sexual act is performed with the line of the individual under the age of 14 or in situations that the victim already coexists cohabiting with the author of the vulnerable rape. Moreover, these assumptions justify the relativistic concept of vulnerability in sexual crimes.

KEY-WORDS: Crimes against sexual dignity. Rape vulnerable. Relativization. Vulnerability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ASPECTOS GERAIS DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	14
2.1 – ANÁLISE HISTÓRICA ACERCA DA POSITIVAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	14
2.1.1 - Período colonial	15
2.1.2 – Período Imperial	16
2.1.3 – Período Republicano.....	17
2.1.3.1 – Código Penal de 1890.....	18
2.1.3.2 - Consolidação das Leis Penais de 1932.....	19
2.1.3.3 – Código Penal de 1940.....	20
2.1.3.4 – Alterações introduzidas pela lei nº 12.015/09 aos crimes sexuais.....	21
2.2 - ANÁLISE DA DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DIREITO PENAL	22
2.3 – ASPECTOS GERAIS DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	28
2.4 – ESPÉCIES DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	29
3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	32
3.1 – ASPECTOS GERAIS ACERCA DA VULNERABILIDADE E A IDENTIFICAÇÃO DOS SUJEITOS VULNERÁVEIS À PRÁTICA SEXUAL ABUSIVA.....	32
3.2 – REFLEXOS CULTURAIS E SOCIAIS NA DEFINIÇÃO DE VULNERABILIDADE PELA NORMA PENAL	37
3.3 – DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA	39
3.3.1 – Análise dos reflexos das distinções existentes entre a presunção de violência e o conceito de vulnerabilidade nos crimes sexuais	41
3.4 TIPOS PENAIIS QUE TRATAM DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA	42
3.4.1 Estupro de vulnerável	42
3.4.2 Induzimento do menor de 18 anos a satisfazer a lascívia de outrem.....	44
3.4.3 Satisfação da lascívia própria ou de outrem na presença de criança e adolescente.....	45
3.4.4 Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.....	46
3.4.5 Tráfico interno e internacional de pessoa menor de 18 anos para fins de exploração sexual.....	47

4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA VULNERABILIDADE E A POSSIBILIDADE DA SUA RELATIVIZAÇÃO COM BASE NO CASO CONCRETO	50
4.1 - POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS CONTRÁRIAS À RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS	50
4.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS FAVORÁVEIS À RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS	53
4.3 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS E A FAVOR DA RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	56
4.3.1 Precedentes do STF	56
4.3.2 - Precedentes do STJ	59
4.3.3 - Precedentes do TJ/PB	60
4.4 - POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS COMO FORMA DE GARANTIR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	62
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	68
ANEXOS	74

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa científica intitulada “estupro de vulnerável: uma análise acerca da relativização da vulnerabilidade” tem como objetivo primordial a análise da vulnerabilidade nos crimes sexuais verificando quando a mesma poderá ser relativizada no caso concreto.

Constata-se que a lei 12.015/09, objeto do presente estudo, operou várias mudanças na legislação penal pátria, dentre as quais podem ser citadas a extinção da presunção de violência, a tipificação do estupro de vulnerável, a inserção do ato violento ao pudor na figura típica do estupro, a alteração no tipo penal de posse mediante fraude, passando a mesma a ser denominada como violência sexual mediante fraude, dentre outras alterações.

A doutrina aponta que a extinção da polêmica presunção de violência, alvo de discussões travadas pela doutrina e pela jurisprudência, passando a ser substituída pela vulnerabilidade sendo tal elemento contraditório na doutrina e na jurisprudência, existindo posicionamentos favoráveis à relativização do mesmo no caso concreto e posicionamento contrário no sentido que a vulnerabilidade foi prevista pelo legislador de forma absoluta, impossibilitando que seja a mesma relativizada, sendo essa também posição dos Tribunais Superiores, a exemplo do STJ e do STF e, na jurisprudência do Estado da Paraíba tem admitido em alguns de seus julgados a relativização da vulnerabilidade nos crimes sexuais.

Dessa forma, a grande problemática levantada pela presente pesquisa resume-se ao fato de que em algumas situações, o magistrado deverá analisar as circunstâncias do caso concreto e relativizar a vulnerabilidade nos crimes sexuais, sendo tal posicionamento contrário por grande parte dos julgados do STF e do STJ, que ainda consideram a vulnerabilidade um elemento absoluto e objetivo do estupro de vulnerável, não podendo em nenhuma hipótese ser relativizada pelo magistrado, pois essa faculdade não fora outorgada pelo legislador penal.

Para a elucidação do problema suscitado anteriormente, a presente pesquisa possui como objetivo geral analisar e compreender a possibilidade da vulnerabilidade ser relativizada no contexto dos crimes sexuais tendo por base a apreciação do caso concreto pelo magistrado e como objetivos específicos podem ser citados os seguintes: estudar os aspectos gerais dos crimes contra a dignidade sexual no ordenamento jurídico brasileiro; examinar a questão da vulnerabilidade nos crimes sexuais; investigar se a vulnerabilidade é um elemento relativo ou absoluto; e, verificar se é possível a relativização da vulnerabilidade nos crimes sexuais estudando a doutrina favorável e contrária a tal possibilidade.

O método empregado para a realização da presente pesquisa será o dedutivo, dado que o exame a ser feito partirá de estruturas mais genéricas sobre os crimes contra a dignidade sexual, para depois restringir a um aspecto mais específico dessa estrutura, qual seja, a análise da vulnerabilidade, o que resultará em uma investigação ainda mais restrita relacionada à possibilidade ou impossibilidade da relativização da vulnerabilidade ante o caso concreto e os seus principais efeitos.

A pesquisa terá como método procedimental o descritivo, o qual será realizado nos dois primeiros capítulos e em parte do terceiro capítulo e o método argumentativo nos últimos itens, nos quais se procurará defender à relativização da vulnerabilidade nos crimes sexuais como forma de garantir a aplicação de uma pena proporcional, sendo, portanto, necessária à aplicação do princípio da proporcionalidade. A técnica de pesquisa, por sua vez, será a bibliográfica, recaindo sobre fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

O referencial teórico do referido trabalho de conclusão de curso é a teoria geral dos direitos fundamentais, pois se está diante de uma temática que combina a necessidade de tutelar a dignidade sexual da pessoa humana e a problemática decorrente dessa proteção, bem como analisar se a vulnerabilidade poderá ser relativizada no caso concreto.

Para o desenvolvimento das questões até aqui suscitadas, a pesquisa será estruturada em três capítulos.

O primeiro capítulo abordar-se-á acerca da evolução histórica do delito de estupro no ordenamento jurídico brasileiro, mostrando o progresso da evolução da legislação penal positivada desde a época colonial, passando pelo período imperial, até finalmente ao modelo mais atual do período republicano, evidenciando as mudanças advindas pela Lei 12.015/09 e ao final será examinado o princípio da dignidade pessoa humana postulado perante o bem jurídico da dignidade sexual e finalizando com a caracterização dos crimes contra a dignidade sexual.

No segundo capítulo, tratar-se-á da vulnerabilidade da vítima nos crimes contra a dignidade sexual, mostrando a sua caracterização através de conceitos, elementos que a integram e os aspectos sociais e culturais que refletem na definição de vulnerabilidade. Assim como será tratado também, da distinção existente entre a presunção de violência e a vulnerabilidade da vítima, sendo apontados por último os tipos penais em que se estão presentes a vulnerabilidade da vítima.

Por fim, no terceiro e último capítulo, abordar-se-á em cima de casos concretos, seus aspectos controvertidos e aspectos favoráveis no que concerne à relativização da vulnerabilidade, dos crimes sexuais cometidos contra os menores de 14 anos, tomando como

base os doutrinadores pátrios, bem como se analisarão os entendimentos dos Tribunais pátrios - o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça da Paraíba, elencando o posicionamento jurisprudencial acerca da relativização da vulnerabilidade. Por fim, serão tecidas argumentações acerca da forma garantidora da aplicação do princípio da proporcionalidade, aplicada na possibilidade de relativização da vulnerabilidade nos crimes sexuais.

2. ASPECTOS GERAIS DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo teve por finalidade analisar os aspectos conceituais e introdutórios dos crimes contra a dignidade sexual. Para tanto foi necessário fazer um estudo acerca da evolução histórica de tais delitos, examinado a questão da dignidade sexual como bem jurídico derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e elucidar a caracterização dos tipos penais que tutelam a dignidade sexual e, por tal motivo essa parte do trabalho estará dividida em três partes.

Inicialmente, abordou a evolução histórica dos crimes sexuais no contexto do Direito Brasileiro, fazendo uma análise da legislação penal nas épocas do Império e da República. Depois, em um segundo tópico a presente pesquisa irá abordar a questão da dignidade sexual como bem jurídico que é derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, tentando destacar as principais inovações introduzidas pela lei 12.015 ao Título VI do Código Penal. Por fim, serão estudados de forma específica os tipos penais que tutelam a dignidade sexual, procurando dar uma maior ênfase ao delito de estupro, objeto desta pesquisa científica.

2.1 – ANÁLISE HISTÓRICA ACERCA DA POSITIVAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A violência sexual tem sido cometida desde os tempos mais remotos e sempre existiu repudia pela sociedade em relação a tais atos, surgindo a necessidade de se punir criminalmente o autor do fato. E, nos primórdios da civilização as penas aplicadas eram severas e sempre caíam sobre a pessoa do delinquente, podendo tais sanções constituir em trabalhos forçados, açoites, apedrejamento e a pena de morte.

Ao analisar a evolução histórica, verifica-se que os hebreus encarava a moralidade sexual como sendo um grande valor, devendo ser aplicada ao autor que violasse uma mulher a pena de morte. Mario Curtis Giordani defende que:

Outros delitos contra a honestidade severamente punidos eram: a fornicação, a sedução, a violação e o rapto. Com respeito a fornicação, notemos que eram punidas fornicções com escravas (Lev 19, 20 ss.), o que demonstra o respeito, que o ser humano, como tal, independentemente de sua condição social, merecia do legislador hebreu. Ressalta neste ponto a incomparável superioridade moral da religião, do povo hebreu. (GIORDANI, 2004, p. 34)

O Código de Hamurabi, por sua vez, positivou o crime de estupro, prevendo para o autor de tal prática a pena de morte. Pela redação do artigo 130 da referida norma tem-se que: “se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, esse homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (PRADO, 2001, p.194).

Para o direito canônico, o crime de estupro seria configurado se a vítima fosse virgem e se houvesse o emprego de violência física. Com isso, tem-se que a mulher deflorada ou casada não poderia ser vítima desse crime (PORTINHO, 2005).

Ademais, no direito romano o termo estupro em seu sentido amplo era considerado como qualquer ato lascivo praticado com homem ou mulher, englobando o adultério e a pederastia. Já em sentido estrito, seria o coito com mulher virgem ou viúva honesta. Entendia-se que a mulher escrava não poderia ser considerada como sujeito passivo de tal conduta delitativa, mas, se o escravo fosse o autor seria punido com pena de morte. Outra situação interessante é que se o crime de estupro fosse praticado por um homem nobre, a pena prevista para o mesmo teria aspecto pecuniário (PRADO, 2001).

Feito esse esboço histórico sobre a questão dos crimes sexuais no campo da História Geral, passa-se a examinar como ocorreu a positivação de tais condutas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo analisados os períodos colonial, imperial e republicano.

2.1.1 - Período colonial

Durante o período colonial vigoravam no Brasil as Ordenações do Reino de Portugal, sobretudo as Filipinas que traziam em seu corpo normas de caráter civil e penal. Tal conjunto de normas foi mantido no campo penal até a promulgação do Código Criminal do Império de 1830.

Segundo Estefam (2012) o Livro V das Ordenações Filipinas era conhecido como um livro terrível, pois nele se encontrava concentrada toda a legislação penal da época e tal norma se destacava pela exorbitância das penas. Beccaria (1738-1794), contemporâneo do Código Filipino, em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, criticou fortemente a desigualdade de tratamento e a crueldade com que as sanções eram aplicadas naquela época, destacando que:

Quem não estremece de horror ao ver na história tantos tormentos atrozes e vão, criados e empregados com frieza por monstros que se davam o nome de sábios?

Quem não tremeria até o âmago da alma, vendo milhares de desgraçados que o desespero obriga a retomar a vida errática, para fugir a males superiores às suas forças, provocados ou tolerados por essas leis injustas que sempre acorrentaram e ultrajaram a multidão, para servir tão somente a um reduzido número de homens privilegiados? (BECCARIA, 2011, p. 49).

Neste período histórico, observa-se que não havia critérios claros e objetivos na disposição das sanções penais, que variavam, inclusive em razão da posição social que ocupava o agente do delito. E, no contexto dos crimes sexuais, as penas eram gravosas, por exemplo, o estupro (Título XVIII – das Ordenações) era punido com a pena de morte, salvo se o delito fosse cometido contra mulher que ganhasse dinheiro pelo seu corpo ou contra escrava, ocasião em que a pena seria amena ou inaplicável. A punição também era dirigida a qualquer pessoa que contribuísse para a consumação do delito por meio de ajuda, favor ou conselho.

Ademais, nas hipóteses em que havia o consentimento da vítima virgem ou viúva para a prática sexual (Título XXIII), as Ordenações determinavam que: “o homem, que dormir com mulher virgem por sua vontade, case com ella, se ella quiser, e se fôr convinhável”, dessa forma, a ocorrência do matrimônio isentava o acusado da reprimenda, visto que o casamento serviria para salvar a honra da mulher que havia sido deflorada.

2.1.2 – Período Imperial

Quando ocorreu a proclamação da Independência do Brasil, surgiu a necessidade de novas leis, com o intuito de substituir as leis obsoletas da metrópole. Dessa forma, o ordenamento jurídico foi todo reformulado atendendo as novas demandas e realidades decorrentes da ruptura com o modelo de submissão colonial, expondo Prado (2010, p. 125): “em 16 de dezembro de 1830, o Imperador D. Pedro I sancionava o Código Criminal do Império do Brasil, primeiro Código autônomo da América Latina”.

Para Estefam (2012, p. 65) a referida norma representou um grande avanço no direito pátrio, vez que “saímos da Idade das Trevas em matéria penal e, guiados pelos faróis do iluminismo, com as ideias de Beccaria e Bentham (...) ingressamos no grupo das nações vanguardistas em matéria legislativa”.

Constata-se que diferentemente do que ocorria com as Ordenações Filipinas, que tratavam sobre os delitos de forma exaustiva e pormenorizavam casuisticamente as punições, o Código Criminal do Império sistematizou os tipos penas em 313 artigos, sendo os mesmos sistematizados em quatro partes, de modo que a primeira delas tratava “Dos Crimes e Das

Penas”, a segunda “Dos Crimes Públicos”, a terceira “Dos Crimes Particulares” e a quarta parte, que tratava das contravenções, sendo denominada “Dos Crimes Policiais”.

Ao analisar a doutrina penalista que trata da presente temática, verifica-se que o Código Criminal do Império introduziu diversas inovações à legislação penal da época tendo em vista que em alguns de seus dispositivos, podem ser encontradas a individualização da pena, onde já era contemplado os motivos do crime, a previsão da cumplicidade ou codelinquência como agravante e também tratava em seu corpo da sanção para a tentativa e para a coautoria (LYRA, *apud* SILVA, 2015).

Em relação aos ilícitos de natureza sexual, os mesmos passaram a ocupar espaço bastante reduzido, encontrando-se previstos na terceira parte do referido Código, na parte que trata dos crimes particulares, estando inseridos nos capítulos II e III, os quais tipificavam “Dos crimes contra a segurança da honra” e “Dos crimes contra a segurança do estado civil e Doméstico” (SILVA, 2015).

O Código Criminal do Império previa como crimes sexuais apenas os delitos de estupro e o de rapto, estando os mesmos tipificados respectivamente nos artigos 219-225 e 226-228. O estupro era previsto por meio de sete disposições, dentre elas ter cópula carnal por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta (art. 222), que poderia ser punido com até 12 anos de prisão, sanção que era diminuída para 2 anos, se a vítima fosse prostituta.

Além disso, havia previsão de ilícito, semelhante ao atual estupro de vulnerável, que criminalizava o ato de “deflorar mulher virgem, menor de dezessete annos” (artigo 219). A sanção era aplicada levando em consideração a gravidade das circunstâncias do crime e a qualificação do agente, e poderia variar entre 1 e 3 anos de desterro para o autor do delito e de 8 meses a 2 anos para o cúmplice.

Por fim, assim como ocorria nas Ordenações, as penas previstas para os crimes sexuais, mesmo àqueles praticados com violência, não eram aplicadas ao réu que contraísse casamento com a ofendida, salvo nos casos de relações incestuosas, em que a união seria inivável em virtude do grau de parentesco.

2.1.3 – Período Republicano

No referido período foram aprovados e promulgados os Códigos Penais de 1890, de 1932 e o de 1940 (ainda em vigor), sendo este último, na parte dos delitos sexuais alterado

pela lei 12.015/09. Analisar-se-á no decorrer deste tópico os principais dispositivos de tais legislações que trataram dos crimes sexuais, mormente o crime de estupro.

2.1.3.1 – Código Penal de 1890

Devido a mudanças ocorridas na sociedade e na economia graças ao início do período republicano, percebeu-se então a reformulação da legislação penal, motivo qual onde foi aprovado um novo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, sendo este promulgado por meio do Decreto nº. 847 de 11 de outubro de 1890.

O referido Código conforme ensinamentos de Noronha (*apud* Silva, 2015) trouxe inúmeras inovações dentre as quais podem ser citadas as seguintes: supressão de lacunas existentes no Código anterior; previsão de novos fatos típicos; abolição da pena de morte e outras, substituindo-se por sanções brandas sendo criado pum regime penitenciário de caráter correcional.

No que tange aos crimes sexuais, verifica-se que os mesmos foram inseridos no título VIII, do segundo livro do Código que tratava “Dos crimes em espécie”, e era denominado “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, no qual estavam descritos os crimes de violência carnal, rapto, lenocínio, adultério ou infidelidade conjugal e ultraje público ao pudor (SILVA, 2015).

O crime de estupro era intitulado como violência carnal sendo definido no artigo 266 como sendo o ato de “atentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral”, de modo que incorreria nas mesmas penas, de 01 a 06 anos de “prisão celular”, aquele que “corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem” (SILVA, 2015).

Da redação do artigo 268 do Código Penal de 1890, observa-se um avanço legislativo, porque passou a criminalizar a violência sexual praticada contra mulher independente do antigo critério de virgindade, eis que trazia a seguinte previsão “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”, contudo, manteve ainda em sua redação a expressão “mulher honesta” e continuou a prever, em seu parágrafo 1º, circunstância atenuante para os casos em que o delito fosse praticado contra “mulher publica ou prostituta”.

O legislador definiu ainda no artigo 272 do referido Código, o conceito de presunção de violência ao prescrever: “Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida fôr menor de 16

anos”, denominação esta que se conservaria na redação original do Código de 1940, embora esse patamar de idade tenha sido reduzido.

Ademais, houve o estabelecimento de um novo rol de causas especiais de aumento no artigo 273 desse Código, que previa a majoração de um sexto da pena “se o criminoso fôr ministro de qualquer confissão religiosa” ou “se fôr casado”, ou, ainda, “se fôr criado ou domestico da ofendida, ou de pessoa de sua família”.

2.1.3.2 - Consolidação das Leis Penais de 1932

O corpo legislativo de 1932 não tinha por objetivo revogar o Código de 1890 ou substituí-lo, mas consistiu, de acordo com Pierangelli (2001, p. 196), em “uma compilação do texto do Código Penal de 1890 com todas as suas alterações posteriores”, explicando ainda o referido autor que:

Essas leis esparsas que visavam à retificação ou complementação do Código foram compiladas pelo Desembargador Vicente Piragibe, que as sistematizou em um de dispositivos, recebendo o nome de Consolidação das Leis Penais, a qual passou a ser o novo estatuto penal do Brasil, oficializada que foi por decreto de 14 de dezembro de 1932 (PIERANGELLI, 2001, p.196).

Em relação aos delitos sexuais, houve nessa compilação modestas alterações, como pequenas reformulações na redação de alguns tipos penais, a diminuição do *quantum* de algumas penas e a inclusão de circunstâncias anteriormente não previstas.

A referida Consolidação inseriu dois parágrafos ao artigo 266 do Código Penal de 1890, que se refere à “violência carnal”, o primeiro deles se refere ao delito de “Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 anos, induzindo-a à pratica de actos deshonestos, viciando a sua innocencia ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral” (SILVA, 2015).

Já no segundo, por sua vez, criminaliza a conduta daquele que “corromper pessoa menor de 21 anos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella, actos de libidinagem”, de modo que, ambas as disposições, introduziram nova categoria de proteção – isto é a vulnerabilidade – diante da determinação de uma tutela diferenciada aos menores de 21 anos.

Por fim, mesmo com os avanços apontados anteriormente, a Consolidação das Leis Penais de 1932 ainda continuou a prever que “não haverá lograr imposição de pena se seguir-se o casamento, o aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos órfãos,

nos casos em que lhe compete dar ou suprir o consentimento, ou o aprazimento da ofendida, si fôr maior”, assim, o réu continuava isento da punição se casasse com a vítima.

2.1.3.3 – Código Penal de 1940

Após a ocorrência de intensas reformas ao Código Penal de 1890, no dia 01 janeiro de 1942 foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio um novo Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940), o qual se encontra em vigor até os dias atuais.

O referido Código encontra-se dividido entre a Parte Geral, que estabelece regras gerais sobre a aplicação da norma penal, sobre o crime, as penas, a medida de segurança, a ação penal e a extinção da punibilidade, e a Parte Especial, que possui apenas a finalidade de descrever os tipos penais e as suas respectivas penas.

Os crimes sexuais, objeto da presente pesquisa, encontravam-se previstos no Título VI, da parte especial do mencionado Código, que era denominado “Dos crimes contra os costumes”, o qual inseriu novos tipos penais, como por exemplo, a casa de prostituição, o rufianismo, o tráfico de mulheres e o curioso delito que proíbe o “escrito ou objeto obscuro”.

Ainda trouxe tipos penais, que posteriormente foram revogados, a exemplo dos delitos de sedução e do rapto. Convém ressaltar, que na redação originária do Código de 1940, havia, ainda, referência e, em alguns casos, exclusividade de proteção, “a mulher honesta” e a “mulher virgem”, expressões essas que foram abolidas.

Constata-se também que as qualificadoras, então previstas no artigo 223, foram inovações introduzidas pelo legislador, as quais tinham por objetivo aumentar as reprimendas relativas aos delitos sexuais praticados com violência, sendo culminadas penas de 4 a 12 anos, se da violência resultar lesão corporal de natureza grave, e de 8 a 20 anos, se resultar na morte da vítima.

Ademais, a presunção de violência já prevista no Código anterior, foi modificada após a promulgação da Lei 12.015/09, uma vez que a idade mínima para se presumir a violência foi alterada de 16 para 14 anos, além disso, a presunção foi ampliada para os casos em que a vítima “é alienada ou débil mental; e o agente conhecia esta circunstância”, assim como quando a vítima “não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

2.1.3.4 – Alterações introduzidas pela lei nº 12.015/09 aos crimes sexuais

No desenvolvimento da presente pesquisa, observou-se que o título VI da redação original do Código Penal em vigor, que era denominado “Dos crimes contra os costumes” e que tratava, dos ilícitos que envolvem abusos sexuais foi alterado pela lei 10.224/2001, que incluiu o crime de assédio sexual e, ainda, pela lei 11.106/2005 que, dentre outras importantes reformas, revogou os crimes de sedução e rapto, eliminou também a expressão “mulher honesta” do texto legal e, ao final suprimiu os incisos VII e VIII, do artigo 107 do Código Penal, que dispunham sobre a extinção da punibilidade nos casos em que a vítima casasse com o agente ou com terceiros.

Entretanto, foi por intermédio da lei 12.015/09 que a legislação passou por alterações substanciais, inclusive na própria nomenclatura do Título VI, que passou a ser nomeado como “Dos crimes contra a dignidade sexual”, encontrando tal designação respaldo constitucional, evidenciado a ideia de que a norma penal não se volta exclusivamente à proteção de regras morais ou éticas, mas notadamente à defesa de bens jurídicos (ESTEFAM, 2009). Como também tal alteração ao definir como bem jurídico tutelado a dignidade sexual, fez com que a norma penal tutelasse a dignidade da pessoa humana e o respeito à vida sexual de cada indivíduo (NUCCI, 2013).

A referida lei conferiu uma nova configuração aos capítulos do Título VI do Código Penal modificando a redação de diversos tipos penais como a corrupção de menores e a posse sexual mediante fraude, que passou a ser denominado por violência sexual mediante fraude. Criou também novos tipos penais, a exemplo do delito de satisfação de lascívia mediante a presença de criança e adolescente, previsto no artigo 218-A, e o crime de favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, disposto no artigo 218-B.

Constata-se que alguns ilícitos penais foram unificados originando novas figuras típicas, como os delitos que descreviam o tráfico de mulheres e o tráfico de mulheres e o tráfico internacional de pessoas, os quais passaram a vigorar no artigo 231, como tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual e no artigo 231 – A, como tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual.

Outra alteração operada pela referida norma, foi a junção promovida entre os delitos de estupro (artigo 213) e de atentado violento ao pudor (artigo 214), que acrescentou ao crime de estupro também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal de modo que a redação do artigo 213 passou a prever a seguinte conduta delitiva: “Constranger alguém, mediante

violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

A presunção de violência era prevista na lei antes da reforma no artigo 224, e costumava ser cumulada com os crimes de estupro (artigo 213) ou atentado violento ao pudor (artigo 214), sendo aplicada nos casos em que a vítima fosse menor de 14 anos, apresentasse debilidades mentais ou quando, por outra causa, não pudesse oferecer resistência.

Com a supramencionada lei, surgiu no ordenamento jurídico penal brasileiro a figura do “estupro de vulnerável”, apresentando capitulação típica própria por meio do artigo 217-A do Código Penal, com a seguinte redação:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, 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 [...].

Dessa forma, a expressão “presunção de violência”, que causava várias divergências, diante da dificuldade em se caracterizar essa presunção como relativa ou absoluta, foi substituída pelo termo “vulnerabilidade”, conceito que permanece controverso por não haver concordância na doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de sua relativização ou não no caso concreto.

Ademais, cumpre ressaltar ainda, como bem pontuou o doutrinador Capez (2014, p. 83), que, ao alterar a redação legal, o legislador incorreu em erro, na medida em que se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do artigo 217-A, nem a qualificadora do artigo 213 do CP, ou seja, se o estupro for praticado mediante o emprego de violência ou grave ameaça, o agente não incorrerá na qualificadora prevista no §1º, do artigo 213, do CP, pois o dispositivo contempla somente as vítimas maiores de 14 anos.

2.2 - ANÁLISE DA DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DIREITO PENAL

Entende-se que a dignidade sexual é um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, que se irradia sobre todo o sistema jurídico e possui inúmeros significados e incidências, pois o valor à vida humana é considerado o alicerce do ordenamento jurídico, devendo nortear a atuação do intérprete e do aplicador do direito, qualquer que seja o ramo da

ciência onde se deva possibilitar a concretização desse ideal no processo judicial (CAPEZ, 2014).

Dessa forma, *a priori* analisar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana. Observa-se que a concepção de dignidade encontra as suas raízes no pensamento clássico e no ideário cristão, vez que os cristãos acreditam que o ser humano foi criado à imagem e à semelhança de Deus e que, por meio da Encarnação e Redenção de Jesus Cristo, assumiu filiação divina, pela qual o homem se tornou filho de Deus e, por consequência passou a possuir uma inalienável dignidade (SARLET, 2009).

No entanto o atual conceito da dignidade da pessoa humana, como princípio que norteia o Estado Democrático Brasileiro, o qual é laico, não repousa mais sobre preceitos religiosos, sendo delineado por fundamentos filosóficos secularizados, que foram desenvolvidos por vários pensadores dentre os quais se destaca Kant que assim defende:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento (*affektionspreis*); mas o que se faz condição para coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. (Kant, 2004, p. 65)

Ao parafrasear Kant, o ilustre Sarlet (2009, p. 40) expõe que, a autonomia da vontade é o fundamento da dignidade da pessoa humana, pois consiste na “faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais”, definição que correlaciona diretamente os postulados da liberdade, racionalidade e dignidade, de modo a caracterizar a dignidade como predicado exclusivo dos seres humanos e, por considerar a pessoa sempre como um fim – jamais como meio – “repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”.

No que tange à positivação do referido postulado, entende-se que a dignidade da pessoa humana foi, originariamente, mencionada na Carta das Nações Unidas, de 1945, e, logo mais, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, na qual se vê associada à razão e à consciência, além de ter sido positivada em diversas normas constitucionais, a exemplo das Constituições da Itália de 1948 e da Alemanha de 1949 e na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1978 (MARCÃO E GENTIL, 2011).

O princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na Constituição Federal de 1998, em seu artigo 1º, inciso III, sendo considerado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Além dessa previsão, a dignidade da pessoa humana também está prevista em outros capítulos da norma constitucional brasileira, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade resguardar a todos uma existência digna (artigo 170, caput), seja quando, na esfera da ordem social, onde o constituinte fundamentou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, §6º). Além disso, a norma constitucional também prevê o referido princípio quando assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade (SARLET, 2009).

Com base nos ensinamentos de SARLET (2009), a dignidade da pessoa humana merece a devida atenção por parte de todo o ordenamento jurídico, ou seja, todas as normas infraconstitucionais devem observar o mencionado postulado. Ao analisar algumas leis ordinárias, verifica-se a previsão da dignidade da pessoa humana em alguns dispositivos, por exemplo, a Lei de Execuções Penais, dispõe, no seu artigo 28, caput, que: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva” e, ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que preceitua, no seu artigo 15, caput, que: “A criança e ao adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

Para Barroso (2013, p. 178-179), o princípio da dignidade da pessoa humana “identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”, o qual se relaciona “tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência”.

Por sua vez, Nucci (2013, p.31) defende a existência de duas características oriundas desse princípio: o seu aspecto objetivo que “abrange a segurança do mínimo existencial ao indivíduo, que precisa ver atendidas as suas necessidades básicas para a sobrevivência, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário”.

Para Nucci (2013, p.31), no entanto, existem dois pontos de vistas desse princípio: o objetivo, que “abrange a segurança do *mínimo existencial* ao indivíduo, que precisa ver atendidas as suas necessidades básicas para a sobrevivência, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social”; e o subjetivo, o qual se distingue pelo “sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, destacando-se como indivíduo, desde o nascimento até o final de sua trajetória, durante a qual forma sua personalidade e relaciona-se em comunidade”, que igualmente merece atenção da

tutela estatal. Dessa forma, para o autor o princípio da dignidade humana tem atuação em todos os momentos da vida do ser humano.

Nucci defende, ainda, que:

O respeito à dignidade humana conduz e orchestra a sintonia das liberdades fundamentais, pois estas são os instrumentos essenciais para alicerçar a autoestima do indivíduo, permitindo-lhe criar seu particular mundo, no qual se desenvolve, estabelece laços afetivos, conquista conhecimento, emite opiniões, expressa seu pensamento, cultiva seu lar, forma família, educa filhos, mantém atividade sexual, satisfaz suas necessidades físicas e intelectuais e se sente, enfim, imerso em seu próprio casulo. (NUCCI, 2013, p. 31).

Dessa forma, para que torne possível a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, é necessário que o mesmo seja encarado como fundamento básico dos diversos ramos do Direito, a exemplo do Direito Penal, como forma de se promover a implementação dos mecanismos auxiliares de caráter programático e, assim, facilitar a sua efetivação na aplicação das normas jurídicas nos casos concretos.

Feitas essas considerações gerais acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, passa-se a examinar a dignidade da pessoa humana no contexto da norma penal, fazendo uma análise sobre a dignidade sexual como bem jurídico tutelado entendendo que essa é oriunda daquele postulado.

Pois bem, o legislador ao modificar a nomenclatura dos crimes contra os costumes para crimes contra a dignidade sexual, passou a tratar a dignidade sexual como uma espécie do gênero da dignidade da pessoa humana (GRECO, 2013), de modo que tal modificação legislativa, conforme Mirabete e Fabbrini (2014, p. 402), “reconheceu a primazia do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bens merecedores de proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade”.

Essa alteração se fazia necessária, pois a previsão dos crimes contra os costumes já se encontrava saturada, pois o nome não trazia em evidencia os bens jurídicos elencados pelos tipos penais que se encontravam naquele título. Com essa mudança, a norma penal veio tutelar a dignidade da pessoa humana, no aspecto da sexualidade, encontrando embasamento no texto constitucional.

Com isso, a dignidade sexual tutelada pela norma penal tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, não se pode olvidar que todos os bens jurídicos previstos pela norma penal devem guardar consonância com o texto constitucional, e foi justamente o que ocorreu com a referida modificação.

O Direito Penal serve como ferramenta do Estado para a proteção dos bens jurídicos essenciais ao indivíduo e ao convívio social, tendo por objetivo a proteção de valores que os outros ramos do Direito não asseguram. Está presente na parte mais severa da intervenção nos direitos humanos, seja do ponto de vista da vítima, sofrendo a ação delituosa, seja do ponto de vista do agente do delito, determinando qual a punição para o cometedor do delito. Mesmo o autor do ilícito tenha infringindo as leis penais deve-se ainda, observar que a esse agente ainda é garantido alguns direitos e a observância pelo Estado do princípio da dignidade humana.

A dignidade humana, na medida que se certifica ser de caráter universal, estendendo a todo e qualquer indivíduo, mesmos aqueles já reconhecidos por tomar atitudes infratoras possuem direitos que devem ser protegidos. Como demonstra os ensinamentos de Sarlet:

[...] não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração. (SARLET, 2007, p. 367).

Preceitua ainda Luiz Regis Prado (2004. p. 58) que a Constituição é um marco fundante de todo o ordenamento jurídico, irradiando a sua força normativa para todos os setores do Direito. Porém, a sua influência na seara penal é particular e definitiva, tendo em vista que cabe ao Direito Penal a proteção de bens e valores essenciais à livre convivência e ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade previstos constitucionalmente. O bem jurídico penal tem na Constituição as suas raízes materiais, sendo fundamental para a salvaguarda dos direitos fundamentais que a interpretação e a aplicação da lei penal sejam feitas sempre conforme a Constituição e os ditames do Estado Democrático de Direito.

Os princípios penais, segundo Luis Regis Prado (2004), constituem núcleo essencial da matéria penal, pois servem de base para a conceituação do delito, limitam o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, além de orientarem a política legislativa criminal e oferecerem pautas de interpretação e de aplicação

da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um estado democrático e social de Direito.

No Código Penal, a dignidade sexual é tutelada por meio dos delitos previstos no Título VI, tais como o *estupro* (artigo 213), o *assédio sexual* (216-A), o *estupro de vulnerável* (217-A), a *mediação para servir a lascívia de outrem* (artigo 227), a *casa de prostituição* (artigo 229), o *rufianismo* (artigo 230), o *tráfico internacional e interno de pessoas para fins sexuais* (artigo 231 e 231-A), o *ato obsceno* (artigo 233) e o *escrito ou objeto obsceno* (artigo 234).

Tomando como exemplo o crime de estupro, tipificado pelo artigo 213, caput, do Código Penal, a dignidade sexual surge como mecanismo de proteção da liberdade sexual, que segundo Martinelli (2014) essa liberdade seria consubstanciada no “direito à autodeterminação sexual”, o qual seria o direito a desenvolver a atividade sexual conforme sua vontade, desde que respeitados os direitos de terceiros.

Entretanto, no que tange ao tipo penal relativo ao estupro de vulnerável, verifica-se que o legislador não pretendeu, propriamente, resguardar o direito à liberdade sexual, mas, no dizer de Martinelli (2014, p. 104), tentou tutelar “a dignidade sexual contra lesões provenientes da falta de capacidade para discernimento sobre comportamentos libidinosos”, tendo em vista que as vítimas vulneráveis necessitam de proteção diferenciada ante a falta de discernimento.

Sob o mesmo viés tem-se Bitencourt, ao entender que:

[...] não se pode falar em *liberdade sexual* como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a *vulnerabilidade*. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger, mais que a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz (que, sabidamente, não existe nessa hipótese), a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual. (BITENCOURT, 2011, p. 97).

Ademais, no que tange a criminalização de condutas relacionadas ao abuso e à exploração de crianças e adolescentes não se limita apenas aos dispositivos do Código Penal, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê sanções criminais a delitos praticados contra crianças e adolescentes na esfera dos crimes contra a dignidade sexual.

2.3 – ASPECTOS GERAIS DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Os crimes contra a dignidade sexual são aqueles por meio dos quais o legislador penal tem por objetivo proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e a opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência (NUCCI, 2013).

A criminalização das condutas descritas pela norma penal como delitos sexuais é justificada no sentido de se garantir a todas as pessoas um sadio desenvolvimento da sexualidade e liberdade de cada um em vivenciá-la de forma livre, sem nenhuma forma de corrupção, violência ou exploração (MIRABETE e FABBRINI, 2014).

Dessa forma, observa-se que os crimes sexuais são considerados por toda a sociedade e doutrina como ilícitos graves, pois envolvem a lesão múltipla a bens jurídicos de vital relevância, tais como a liberdade, a integridade física, a honra, a saúde individual e, em último grau, a vida, o que se leva a reconhecer que eles podem ocasionar consequências físicas irremediáveis e sofrimento psicológico profundo às vítimas.

Por tal razão, os delitos de estupro e o estupro de vulnerável são considerados hediondos pela lei 8.072/90, encontrando previstos nos seu artigo 1º, incisos V e VI.

Pode-se afirmar que os crimes contra a dignidade sexual são caracterizados pelo objeto do delito que, na maioria dos casos, é o próprio corpo da vítima, o qual é empregado para satisfazer a libido de outrem, ferindo, assim, consoante Bitencourt (2011, p.47), “a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais”.

Diante das particularidades que envolvem os crimes sexuais, Marcão e Gentil (2011, p. 46) afirmam que, no âmbito processual criminal, “considerando que a natureza dos fatos a serem apresentados nos autos é capaz de provocar desnecessários e indesejáveis constrangimentos às partes envolvidas”, o legislador optou por determinar, no caput, do artigo 234 – B, “o segredo de justiça como regra para os feitos em que foram apurados crimes contra a dignidade sexual”, tendo por finalidade resguardar a honra, a intimidade e a imagem, tanto da vítima, quanto do acusado, durante toda a instrução do feito.

Ademais, a maneira peculiar de como esses ilícitos é praticada também influencia na importância que se confere à prova oral na prolação das decisões, pois os mesmos, normalmente cometidos de forma clandestina, faz com que a palavra da vítima assume uma grande relevância na elucidação dos fatos sendo capaz de fundamentar uma sentença condenatória quando em consonância com as demais provas dos autos.

2.4 – ESPÉCIES DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

No Código Penal, em seu título VI, encontram-se previstos os crimes contra a dignidade sexual, sendo os mesmos subdivididos tutelas mais específicas, quais seja, os crimes contra a liberdade sexual, crimes sexuais contra vulneráveis, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição e outra forma de exploração sexual e ultraje público ao pudor.

Constata-se que no primeiro capítulo do referido título encontram-se previstos os crimes contra a liberdade sexual, dentro os quais tem-se o estupro (artigo 213), a violação mediante fraude (artigo 215) e o assédio sexual (artigo 216-A), sendo os mesmos praticados mediante coação física – cometidos por meio da violência ou ameaça - , ou psicológica da vítima que, apesar de não consentir conscientemente com a prática sexual, não consegue resistir às investidas do agente.

Enquanto o assédio sexual, para Estefam (2012, p. 54) é considerado “crime próprio, porquanto somente pode praticá-lo o superior hierárquico ou pessoa com ascendência laboral ou funcional em relação à vítima”, o estupro e a violação mediante fraude são delitos comuns, pois podem ser praticados por qualquer agente e, depois das diversas alterações sofridas pela legislação, também, contra qualquer pessoa, ou seja, consoante Jesus (2014, p. 888), “não importa se trata de virgem ou não, prostituta (o) ou honesta (o), pessoa casada, solteira, separada de fato, viúva ou divorciada, velha ou jovem, liberada ou recatada”, desde que a vítima não seja vulnerável, pois, senão caracterizaria os crimes previstos no capítulo II.

Por sua vez, o capítulo II do referido título o legislador penal aborda os delitos sexuais praticados contra vulneráveis, que como foi visto o que se pretende tutelar por meio de tais tipos é a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima pode ser considerada incapaz de consentir de forma válida com o ato de caráter sexual. Dessa forma, a norma penal prevê o estupro de vulnerável (artigo 217 – A), à corrupção de menores (artigo 218), à satisfação de lascívia mediante presença de criança e adolescente (artigo 218 – A) e ao favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (artigo 218 – B), possuindo os três primeiros crimes, como sujeito passivo, as crianças e os adolescentes menores de 14 anos, além das pessoas 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”, e o favorecimento da prostituição estende-se, ainda, aos maiores de 14 anos e menores de 18 anos.

Em relação ao terceiro capítulo, verifica-se que o mesmo foi totalmente revogado graças a Lei 11.106/2005, sendo retirados da legislação penal os crimes de sedução e de adultério. E, o crime de rapto foi retirado e passou a ser previsto nos incisos IV e V, do parágrafo 1º, do artigo 148, do Código Penal, como sendo uma qualificadora dos crimes de sequestro e cárcere privado.

Além disso, os capítulos IV e VII tratam das disposições gerais, contendo apenas as causas de aumento de pena e na definição da ação penal pública cabível aos crimes previstos nos capítulos I e II, explicando que em regra, os crimes são processados por meio de ação penal pública condicionada à representação, salvo nos casos em que envolvem vítimas menores de 18 anos ou vulneráveis, em que a ação penal será pública incondicionada.

No capítulo V, onde o legislador trata sobre o lenocínio e o tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, abrangendo os delitos de mediação para servir a lascívia de outrem (artigo 227), de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (artigo 228), de casa de prostituição (artigo 229), de rufianismo (artigo 230), do tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (artigo 231) e do tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (artigo 231-A).

Quanto aos artigos supracitados, Greco (2010, pag. 644) cita em seus ensinamentos o artigo 1º da Convenção para a Repressão ao Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, concluída em Lake Success, nos E.U.A. em 21 de março de 1950, e firmada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951, visando punir o lenocínio, onde diz que:

“embora atípico comportamento de se prostituir, a lei penal reprime aquelas pessoas que, de alguma forma, contribuem para a sua existência, punindo os proxenetas, cafetões, rufiões, enfim, aqueles que estimulam o comércio carnal, seja ou não com a finalidade de lucro”.

Preconizando então que a prostituição, não configura delito por si só.

Por último, há o capítulo VI, onde estão previstos os delitos de ato obsceno (artigo 233) e de escrito ou objeto obsceno (artigo 234), os quais são definidos como crimes “do ultraje público ao pudor”.

O tipo penal previsto no artigo 234, o escrito ou objeto obsceno, é classificado como crime de menor potencial, logo, a competência para o julgamento de tal ato pertence ao juizado especial criminal, conforme previsão do artigo da Lei nº 9099/15. Em regra geral, a norma rege em defesa do pudor público. Como diz Prado (2010, p. 703), ao dizer que o bem

jurídico tutelado é o “o pudor público e, eventualmente, a integridade sexual do sujeito passivo e seu bem-estar psíquico”.

Com isso, após analisar todos os delitos contra a dignidade sexual, cabe agora compreender exclusivamente esses crimes praticados contra vítimas vulneráveis, sendo tal exame realizado no próximo capítulo dessa pesquisa.

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Neste capítulo, tratar-se-á acerca da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual. A princípio, será analisada a caracterização da vulnerabilidade das vítimas nos crimes contra a dignidade sexual, sendo abordados o seu conceito, seus elementos integrantes, suas principais características dentre outros aspectos. Depois, em um segundo momento, analisar-se-á os fatores sociais e culturais que refletem no termo vulnerabilidade.

Em um terceiro momento, será feito um exame da presunção de violência contida na redação original do Código Penal de 1940, prevista no artigo 224 e, que fora revogado pela lei 12.015/09. Após essa análise, estudar-se-á a questão da vulnerabilidade presente no artigo 217 – A, e, ao final fazer uma distinção entre a previsão anterior e redação atual ao tratar do estupro de vulnerável.

Por fim, abordar-se-á sobre os tipos penais que englobam as diversas condutas contrárias a dignidade sexual de vítimas vulneráveis elencados no Código Penal após a vigência da lei 12.015/09.

3.1 – ASPECTOS GERAIS ACERCA DA VULNERABILIDADE E A IDENTIFICAÇÃO DOS SUJEITOS VULNERÁVEIS À PRÁTICA SEXUAL ABUSIVA

Pelo Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, pode-se verificar que vulnerável é aquele que se encontra “do lado fraco de um assunto ou de uma questão; ou do ponto pelo qual alguém pode ser atacado ou ferido”. Com isso, qualquer pessoa que se encontra em algum estado de fraqueza, estaria em condições de vulnerabilidade, podendo ser considerada vulnerável. Contudo, não é dessa vulnerabilidade circunstancial que quis tratar o legislador.

O legislador no artigo 217-A do CP definiu como vulnerável aquele que tem menos de quatorze anos ou aquele que apresenta enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para praticar tal ato, ou que por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Contudo, ainda no CP, mormente no artigo 218-B, tem-se, com outra definição do que é uma pessoa vulnerável, outro tipo, sendo esse menor de dezoito anos. Para Bitencourt (2008, p.82) – volume IV – Tratado de Direito Penal:

Mas não é dessa vulnerabilidade eventual, puramente circunstancial, que este dispositivo penal trata. Observando-se as hipóteses mencionadas como caracterizadoras da condição de vulnerabilidade, concluiremos, sem maiores

dificuldades, que o legislador optou por incluir, nessa classificação, pessoas que são absolutamente inimputáveis (embora não todas), quais sejam menores de quatorze anos, ou 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.

O conceito de vulnerabilidade não é preciso, por isso, deve-se ainda observar princípios e aspectos elencados por outros doutrinadores. Nesse trecho dispõe Luiz Regis Prado (2010, p. 624) que: “a vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão de estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade”.

A par dos conceitos doutrinários apontados, convém trazer à baile uma breve definição sobre vulnerabilidade apresentada pela Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde¹ onde diz que a vulnerabilidade é:

[...] o estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido.

Entende-se então, que uma pessoa se encontra em estado de vulnerabilidade quando está suscetível de ser exposta a danos físicos ou morais devido à sua fragilidade. Com isso, o referido conceito pode englobar um grupo social ou apenas um só indivíduo observando a sua capacidade de prevenção e de resistência.

De igual modo, percebe-se no ordenamento jurídico brasileiro, outros ramos do direito que contêm mecanismos de defesa para pessoas vulneráveis, como por exemplo, o Código de Defesa ao Consumidor, que pelo seu inciso I, do artigo 4º, elenca o princípio da proteção diferenciada ao consumidor, em respeito à sua vulnerabilidade. Como também não podia ser diferente, a partir do advento da Lei 12.015, o Direito Penal assegurou uma tutela mais específica aos vulneráveis.

Tem-se que a inovação legislativa operada pela referida lei ao Código Penal, pretendeu suprimir a questionada denominação a respeito da presunção de violência, assim como sua classificação diante de situações fáticas. O revogado artigo 224 do Código Penal entendia que as vítimas, enumeradas em suas respectivas alíneas, não possuíam consentimento válido para ter qualquer tipo de relacionamento sexual, seja a conjunção carnal ou outro ato diverso (ato libidinoso), com bem retrata Nucci:

¹ Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012, Conselho Nacional de Saúde. Ministério da Saúde.

A partir dessa premissa, estabeleceu o legislador a chamada presunção de violência, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato. (...) Muita polêmica gerou essa expressão, pois em Direito Penal torna-se difícil aceitar qualquer tipo de presunção contra os interesses do réu, que é inocente até sentença condenatória definitiva. Por isso, a mudança na terminologia configura-se adequada. Emerge o estado de vulnerabilidade e desaparece qualquer tipo de presunção. (NUCCI, 2012, p. 966).

Com isso, verifica-se que com a vigência da lei 12.015 de 2009, e o consequente imperativo do artigo 217 – A, torna-se indiferente saber se a relação sexual se deu mediante violência ou não, fazendo com que a prática sexual se torne inviável em relação às vítimas consideradas vulneráveis. Nesse sentido, tem-se a justificativa ao projeto de lei Senado nº 253 de 2004, que resultou na edição da aludida norma, o qual aduz que:

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.

Dessa forma, vê-se claramente que a intenção do legislador não foi outra senão reafirmar o caráter objetivo do tipo penal, inserindo, ainda que, de forma tácita, a coação psicológica na figura típica do artigo 217 – A, encontrando tal entendimento esposado na lição de Jesus:

O escopo da mudança foi o de impedir a subsistência do entendimento, segundo o qual a realização de atos sexuais voluntário com adolescentes menores de 14 anos, pudesse ser considerada atípica, por ser relativa a presunção de violência em tais casos.

Entretanto, o legislador penal ignorou a necessidade de adequar as normas de conduta à realidade social em que a lei 12.015/09 foi produzida. Diante desse contexto, imaginar que inexistente a possibilidade de alguém com 12 ou 13 anos poder livremente anuir com a prática do ato sexual, demonstra um nítido desconhecimento das transformações experimentadas pela sociedade na atualidade. Como bem ressalta o ilustre Nucci (2012,

p.967), pela “simples inovação da redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade” em que a norma foi produzida.

Pois bem, defendendo que a legislação traz a interpretação que os menores de 14 estão fora da capacidade de decidir ou entender a prática sexual, Nucci considera que:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição do patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseada numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que aceleram o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes.

Voltando ao exame feito ao artigo 217 – A, são considerados vulneráveis para a prática de atividade sexual: (a) o menor de 14 anos; (b) quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (c) ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Como foi vista a proteção dada às crianças e aos adolescentes é perfeitamente justificável por não possuírem os mesmos o necessário discernimento para a prática sexual, uma vez que segundo Martinelli (*apud* Silva, 2015, p. 35), “são sujeitos que se encontram em fase de maturação. Ainda não possuem capacidade plena para algumas iniciativas, por isso merecem ampla tutela do Estado”.

Ao analisar a parte do Código Penal, Bitencourt (2011, p. 94) afirma que “o legislador fez uma grande confusão com a idade vulnerável, ora refere-se a menor de quatorze anos (arts. 217- A, 218 e 218 – A), ora a menor de dezoito (art. 218 – B, 230, §1º, 231, §2º, I, 231 – A, §2º, I)”.

Por tal motivo, deve-se defender a existência de duas categorias distintas de vítimas vulneráveis, pois embora o legislador não tenha sido expresso, trouxe na norma penal duas espécies de vulnerabilidade, uma de ordem absoluta (vítima menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito), conforme também entende Bitencourt (2011), e, para os doutrinadores Pierangeli e Souza (2010), esse segunda espécie de vulnerabilidade seria mitigada.

D’Elia (*apud* Silva, 2015), trata da extensão da proteção legal aos maiores de dezoito anos, ou maiores de quatorze e menores de dezoito anos, nos crimes relacionados à prostituição e ao tráfico de pessoas, que, segundo o autor tal previsão decorre da adesão ao

Brasil ao Aditivo ao Protocolo de Palermo, que foi recepcionado por meio do Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004, o qual dispõe que o consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas será reputado irrelevante quando essa estiver submetida à situação de vulnerabilidade.

A referida modalidade de vulnerabilidade ocorre por um vício de consentimento, gerado pela imersão da vítima em uma situação de hipossuficiência econômica, social ou psicológica, de forma que a própria fragilidade em que se encontra a torna mais suscetível à exploração sexual por terceiros, portanto, conforme conclui D'Elia (*apud* Silva, 2015), “a colocação da vulnerabilidade como vício do consentimento dá azo ao surgimento de uma condição de vulnerabilidade que fundamenta a própria existência do delito”.

Nesse caso, o fato de determinada pessoa encontrar-se em uma situação desfavorável, pode obriga-la a consentir com atos que, em circunstâncias normais, não consentiria, logo, a vulnerabilidade sob os aspectos sociais, econômicos e psicológicos é capaz, também, de causar a vulnerabilidade sexual (SILVA, 2015).

Falta destacar, ainda, a condição da vulnerabilidade de pessoas que, por enfermidade ou doença mental, não têm o necessário discernimento para a prática de atos sexuais, de modo que a caracterização da deficiência, no entendimento de Pierangeli e Souza (2010, p. 58), “exigirá do julgador uma adequada e cuidadosa apreciação, não sendo de se desprezar uma perícia”.

Nesse caso possa parecer simples a verificação a vulnerabilidade por enfermidade ou doença mental, porque, em tese, pode ser determinada pela perícia e em consonância com a posição de Pierangeli e Souza (2010), não basta uma afirmação médica abstrata de uma moléstia ou anomalia, exigindo-se do perito a comprovação de que a enfermidade ou deficiência da vítima impediria a mesma de oferecer resistência ao agente, tendo em vista que essa limitação priva totalmente o deficiente de se relacionar sexualmente.

Não se pode perder de vista que, a previsão legal da forma como foi redigida é criticada por diversos autores, como Bitencourt (2011), o qual considera que o dispositivo ao invés de proteger, violou a própria dignidade de pessoas diferenciadas, tratando-as indignamente, pois ignora seus direitos à sexualidade, mormente ao seu livre exercício, que também é resguardado pela norma constitucional; desconheceu que elas, como seres humanos que são, possuem aspirações e sentimentos próprios e que buscam dentro de suas limitações, levar uma vida dentro da normalidade possível. De forma que, em todas as oportunidades em que a lei se refere a enfermos e deficientes mentais, o legislador ignorou por completo que

eles também podem sentir as mesmas emoções, as mesmas necessidades sexuais que sentem seus demais semelhantes não portadores de tais deficiências.

Por fim, a lei ainda protege pessoas que, por quaisquer causas, diversas das mencionadas anteriormente, não podem oferecer resistência, e, conforme Mirabete e Fabbrini (2014), a norma legal abrange tanto as pessoas que se encontram em estados permanentes ou episódicos de supressão de consciência ou vontade (estados de coma, desmaio, anestesia, hipnose, etc) como aqueles que, embora presente o dissenso interior, se encontram incapacitadas de atuar a sua vontade de se opor à conduta do agente (hemiplegia, drogas que paralisam, etc).

Dessa maneira, as circunstâncias que envolvem a prática sexual devem desfavorecer o exercício da livre manifestação sexual da vítima, ou seja, a incapacitação não precisa ser absoluta, sendo suficiente que seja relativa, sendo indispensável que o estado ou a incapacidade possibilite ou pelo menos facilite o ato sexual abusivo (PIERANGELI e SOUZA, 2010).

Feitas essas considerações gerais acerca da vulnerabilidade e da caracterização dos indivíduos que possam ser considerados vulneráveis para a prática sexual, convém abordar os fatores sociais e culturais que de certa forma contribuem para a construção do padrão de vulnerável delineado pelo legislador.

3.2 – REFLEXOS CULTURAIS E SOCIAIS NA DEFINIÇÃO DE VULNERABILIDADE PELA NORMA PENAL

Constata-se que o conceito de vulnerabilidade, sobretudo no que tange à idade da vítima, modifica-se a cada geração, sendo influenciado por vários fatores, pois a temática da sexualidade não é simples, inerte, estático, mas, como bem pontuou Führer (*apud* Silva, 2015):

São milênios de idas e vindas, voltas e revoltas. Nada é permanente. A Natureza e o homem travam uma luta eterna. A criatura combate o Criador, na esperança de assumir a criação. 'Paz' é uma palavra que não existe em matéria de sexo.

Pode-se afirmar que a questão da sexualidade, nas mais diversas culturas e civilizações, costuma ser influenciada diretamente por crenças, religião, costumes dos povos, dentre outros, e conforme explica D'Elia (*apud* Silva, 2015), a mesma se desenvolve:

De acordo com a moral empregada à época, tratando-se, pois da moral sexual. E o impacto da moral na sociedade e, portanto, no direito, torna-se mais evidente ao passo que se depreende que a própria liberdade dos indivíduos recebe limitação social.

Dessa forma, a cultura, os hábitos, os valores de cada sociedade influenciam sobremaneira a definição do que é permitido e do que é proibido em matéria sexual, o que acaba refletindo diretamente na criação das leis e normas, as quais se submetem ao padrão de sexualidade construído socialmente, de modo que a norma penal acaba por ser acionada de acordo com as variações valorativas do meio social (SILVA, 2015).

Na presente pesquisa, a análise de tais influências é muito importante no que tange à definição da faixa etária – atualmente fixada pela lei em 14 anos -, onde se estabelece a idade limite a partir da qual a prática sexual abandona o seu caráter de ilícito penal hediondo, que atenta contra a dignidade sexual de uma criança ou adolescente, e converte-se em um comportamento penalmente atípico e materialmente irrelevante no âmbito do Direito Penal, conforme defendido por Silva (2015).

Em estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) há informações de que a iniciação sexual dos adolescentes acontece cada vez mais cedo. De acordo com dados da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar, realizada no ano de 2009, aproximadamente 30,5 % dos escolares (faixa etária de 13 a 15 anos) já mantiveram relação sexual alguma vez (SILVA, 2015).

Já são notórias as consequências socialmente negativas da prematura iniciação sexual dos jovens, como a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis e a gravidez precoce e indesejada, decorrentes da falta de maturidade e desenvolvimento para a prática sexual responsável. Nesse contexto, não se pode olvidar que o hiperssexualização das crianças e adolescentes também produz efeitos na esfera jurídica.

Portanto, embora o legislador tenha criminalizado a conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso com pessoas menores de 14 anos, o constante apelo sexual presente nas novelas, seriados, músicas, redes sociais torna-se cada vez mais intenso e livre, o que antecipa, às crianças e aos adolescentes, eventos da vida adulta, os quais – muito embora possam estar aptos, do ponto de vista biológico -, não possuem a devida maturidade psicológica para vivenciar, pois, como bem explicam Sprinthall e Collins (*apud* Silva, 2015), “tal como a própria adolescência, a sexualidade talvez comece com a biologia mas termine com a cultura”.

Observa-se nesse contexto que os estímulos sociais são poderosos para o florescimento da sexualidade dos jovens, uma vez que, para a maioria dos adolescentes, a expressão da sexualidade é baseada mais pelos aspectos sociais do que pelos seus impulsos biológicos. Para os estudiosos Sprinthall e Collins (*apud* Silva, 2015):

“a maioria dos adolescentes, a expressão da sexualidade é regulamentada não tanto pelos próprios impulsos biológicos, mas antes, pelas expectativas e pelo significado social associado a certos padrões de atividade sexual”.

Com isso, pode-se concluir que, embora a norma penal tenha por objetivo tutelar a dignidade sexual das crianças e dos adolescentes, a fim de resguardar aos mesmos o pleno desenvolvimento livre e saudável de sua sexualidade, não parece existir a mesma preocupação ou o mesmo objetivo por parte da sociedade e da mídia em geral, pois as crianças e os adolescentes estão diuturnamente expostos a materiais e conteúdos pornográficos, seja em razão de telenovelas, seja pelas músicas de duplo sentido interpretado por cantores, como por exemplo, Anitta, Ludmila, Aviões do Forró, Wesley Safadão, dentre outros, não esquecendo das letras bem explícitas oriundas do *funk*.

3.3 – DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

Já foi visto anteriormente que com a revogação operada pela lei 12.015/09 ao artigo 224 do Código Penal, o conteúdo da presunção de violência foi, transferido para um novo tipo penal inserido por meio do artigo 217-A, que além de prever outros delitos, tem por finalidade tutelar a dignidade sexual dos vulneráveis. Dessa forma, entende Jesus (2011, p. 156) que “o legislador substituiu a técnica da presunção de violência (também chamada de violência ficta ou indutiva), baseada no revogado art. 224 do CP, pela nova designação (‘vítimas vulneráveis’)

No mesmo sentido, observa-se a opinião de Nucci que entende que o legislador, por meio das alterações, pretendia:

Inserir tacitamente, sem mais falarem *presunção* – um termo que sempre gerou polêmica em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu –, a coação psicológica no tipo idealizado [...]. Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão *violência presumida*. (NUCCI, 2013, p. 115).

Pierangeli e Souza (2010, p. 53-54) entendem que, sem grandes modificações, o novo artigo 217-A representa, na realidade, a “junção dos antigos artigos 213, 214 e 224, ou seja, é o estupro ou o atentado violento ao pudor com a incidência de presunção de violência, que (...) considerada por alguns como inconstitucional, foi substituída pela vulnerabilidade”.

O que houve no artigo 217 – A, foi a união do contexto dos atos sexuais, abrangendo tanto a conjunção carnal quanto os outros atos libidinosos, além disso, foi majorada a pena de reclusão, que antes era exasperada quando a violência fosse presumida, agora deve ser fixada no patamar de 8 a 15 anos, haja vista que o rigor na reprimenda deve ser maior, em razão de a vítima, não possuir o necessário discernimento para a prática do ato sexual (NUCCI, 2013 e PIERANGELI e SOUZA, 2010).

Tem-se que o novo tipo penal, também modificou a situação do sujeito passivo no dia do seu 14º aniversário, pois, enquanto, na antiga redação, a presunção de violência falava de vítima não maior de 14 anos, o novo texto legal trata da “vítima maior de 14 anos”, ou seja, no entendimento de Estefam (2012, p. 63) agora o adolescente “deixa de ser vulnerável exatamente no dia em que completa a idade mencionada”.

Convém destacar, ainda, que os enfermos e os deficientes mentais, os quais são considerados vulneráveis, na medida em que não possuem discernimento para a prática de atos sexuais, eram denominados, na redação original do Código Penal de 1940, como “alienadas ou débeis mentais”, nomenclatura que foi adequadamente ajustada por meio das alterações introduzidas na norma penal por meio da Lei 12.015/09 (SILVA, 2015).

Verifica-se também o fato de que o artigo 224, b, da redação original do Código Penal estabelecia, como requisito para a presunção de violência da prática sexual realizada com pessoa “alienada ou débil mental”, o conhecimento do agente acerca da deficiência da vítima, disposição que foi retirada do ordenamento jurídico (SILVA, 2015). Muito embora não exista mais a referida expressão, Estefam (2012) entende que não há qualquer efeito prático na retirada da mesma, pois se o agente desconhece o fato de a vítima ser menor de 14 anos, doente ou deficiente mental ou que possuía reduzida sua capacidade de resistência, dá-se a figura do erro de tipo elencada no artigo 20, *caput*, do CP. Ou seja, nessa situação ocorreria uma falsa representação da realidade motivada pela errada compreensão da situação fática.

No mesmo sentido entende Jesus:

Em nada altera a necessidade de que o sujeito ativo tenha conhecimento da condição mental do ofendido, de vez que o dolo do agente deve abranger todos os elementos objetivos do tipo. Caso o autor do fato desconheça tal circunstância, deverá

reconhecer-se em seu favor o erro de tipo (CP, art. 20, caput), o qual afasta o dolo e, com isso, torna o fato penalmente atípico. (JESUS, 2011, p. 157).

Conclui-se que apesar de o legislador ter feito uma significativa modificação na referida matéria, sobretudo no que concerne à estruturação dos tipos penais, as alterações de ordem prática foram pequenas e com reflexos pouco relevantes, como será demonstrado a seguir.

3.3.1 – Análise dos reflexos das distinções existentes entre a presunção de violência e o conceito de vulnerabilidade nos crimes sexuais

A lei 12.015/09, sobretudo no que tange às alterações relativas aos delitos sexuais praticados contra vulneráveis, no entendimento de D’Elia (*apud* Silva, 2015), “tinha (e tem, porque ainda está em vigor) o escopo de dirimir questões existentes sobre a constitucionalidade da presunção de violência, bem como definir se a presunção seria absoluta ou relativa”.

Contudo, ao se analisar a doutrina e a jurisprudência relativa a presente matéria, verifica-se que o objetivo da norma penal e, conseqüentemente do legislador não foi alcançado na prática, conforme será visto. Gentil (*apud* Silva, 2015), definiu a pretensão do legislador da seguinte forma:

Certamente pensava o legislador de 2009 que a nova redação do tipo legal, e a sua definição autônoma como crime de estupro de vulnerável, jogaria uma pá de cal sobre o assunto, o qual, descontaminado dos humores judiciais acerca da incômoda presunção de violência, passaria a ser visto com a neutralidade que alguns imaginam possível nos textos legais. Ora, bastava então dizer que *ter conjunção carnal* ou *praticar ato libidinoso* com menor de catorze anos é crime e não mais se questionaria se existe ou não violência na conduta.

Entretanto, na prática verifica-se que as repercussões geradas pelas modificações legislativas foram diversas, e segundo o entendimento de Nucci (2013, p. 116), o “nascimento de tipo penal inédito não torna sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluta da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa”.

Bitencourt (2011, p. 99-100) por sua vez, critica a reforma legislativa afirmando que “o legislador, dissimuladamente, usa os mesmos enunciados utilizados pelo legislador de 1940 para presumir a violência sexual (...), disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei”.

Para o referido doutrinador as modificações legislativas só foram efetivas no intuito de impedir a orientação jurisprudencial que se consagrou no STF sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado artigo 224, e, por essa razão se manifesta no sentido de que a presunção de vulnerabilidade consagrada no novo texto legal, é relativa, devendo ser analisado cada caso concreto (BITENCOURT, 2011).

Sob outro viés, doutrinadores como Mirabele e Fabbrini (2014) entendem que o legislador teve por objetivo excluir possíveis indagações e debates no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais, tendo por finalidade a proteção do menor de quatorze, ou o menor de dezoito anos, independentemente de terem, ou não, no caso concreto, maior ou menor discernimento ou experiência em questão sexual.

Da mesma forma Martinelli (*apud* Silva, 2015) concorda que o legislador não abriu espaços a possíveis relativizações, uma vez que “a idade da vítima é elementar do tipo e, assim, basta o ato sexual e estar na faixa etária correspondente. O critério é o mais objetivo possível”.

Marcão e Gentil (*apud* Silva, 2015) defendem que o Código ao criar um tipo penal autônomo, “do qual não consta o elemento constranger, aparentemente elimina a dúvida sobre ser necessário o dissenso do vulnerável: tendo conjunção carnal ou com ele praticando outro ato libidinoso, o agente estará cometendo essa modalidade de estupro”.

Ademais, deve ser pontuado que as divergências encontradas na doutrina pátria não se limitam, com efeito, a descobrir a real intenção do legislador ou a interpretar o que se pode, de fato, extrair da letra da lei, mas, na realidade, cada doutrinador da sua forma procura legitimar, por meio da argumentação jurídica, o seu entendimento e as suas convicções pessoais relativas à matéria independente de quaisquer alterações legislativas (SILVA, 2015).

Com isso, a polêmica que cercava a possibilidade de relativização da presunção de violência, na prática, foi transferida para a questão da vulnerabilidade, sendo tal assunto abordado no próximo capítulo.

3.4 TIPOS PENAIIS QUE TRATAM DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

3.4.1 Estupro de vulnerável

A Lei 12.015/09 trouxe alterações significativas a este tipo penal, uma vez que o estupro perpetrado em face de pessoa sem capacidade ou condições para consentir, deixou de

integrar o artigo 213 do CP para tornar-se um crime autônomo, unificando uma conduta antes tipificada em forma qualificada. Nesse ponto, é de suma importância a leitura do texto do Código Penal (1940), *in verbis*:

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.

Nesse ponto, é necessário fazer uma pequena distinção. A lei não se refere a capacidade de consentir ou a maturidade sexual da vítima, mas sim ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica, etc. Dessa forma, a legislação tratou de caracterizar vulnerável como sendo qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo (CAPEZ, 2014).

É por essa razão que não se deve confundir a vulnerabilidade com a presunção de violência contida na legislação revogada. Trata-se então de um conceito novo, criado para ser bem mais abrangente, o qual leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a determinadas pessoas ou situações (CAPEZ, 2014).

Sobre as vítimas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, Capez, aduz que:

Deve-se provar, no caso concreto, que, em virtude de tais condições, ela não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Cumpre, portanto, que sejam comprovadas mediante laudo pericial, sob pena de não restar comprovada a materialidade do crime, por se tratar de elementar, a qual integra o fato típico. (CAPEZ, 2014, p. 81).

Deve também ser dada a devida atenção à parte do artigo em análise que trata das vítimas impossibilitadas de oferecer resistência. Acerca desse assunto, os ensinamentos de Mirabete e Fabbrini (2014, p. 429) se fazem necessários:

Em termos genéricos, a impossibilidade da vítima de resistir à prática de atos sexuais pode decorrer de uma incapacidade de entendimento e autodeterminação, que se refere à compreensão e vontade conscientes, ou de uma incapacidade de externar o seu dissenso por meio de ações concretas de oposição à conduta do agente. Porque a lei não distingue se essa impossibilidade de resistência pode

resultar de uma condição permanente ou duradora preexistente ou ser eventual ou transitória, desde que existentes no momento do crime.

Torna-se oportuno fazer menções às formas qualificadas de cometimento do estupro de vulnerável, as quais são previstas nos parágrafos 3º e 4º, quando o crime resulta em lesão corporal de natureza grave, ou morte, ocasião em que as penas cominadas poderão ser de 10 a 20 anos, e 12 a 30 anos, respectivamente. Dessa forma, se o agente se utiliza das formas previstas nos parágrafos citados anteriormente para garantir o cometimento do crime, haverá majoração na pena. Vale salientar que se o agente comete o crime, mas só depois resolve eliminar a vida da vítima, ele será acusado por estupro de vulnerável e homicídio, devendo responder por ambos os crimes, pois praticou conduta diversa (CAPEZ, 2014).

3.4.2 Induzimento do menor de 18 anos a satisfazer a lascívia de outrem

O crime previsto no Código Penal Brasileiro, o induzimento do menor de 18 anos a satisfazer a lascívia de outrem, foi modificado junto com o advento da Lei 12.015, de acordo a Mirabete e Fabbrino, passou a ser “uma espécie de lenocínio (art. 227) praticado contra menor de 14 anos”, que passa a resguardar os direitos da pessoa que tenha “especificamente o menor de 14 anos contra influências de terceiros que possam corrompê-lo ou prejudicar o seu sadio desenvolvimento sexual”. O artigo 218 do CP, assim prevê o referido tipo penal: “Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos, a satisfazer a lascívia de outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

Greco (2011, p. 543) diz que o referido delito se trata “de uma modalidade especial de lenocínio, onde o agente presta assistência à libidinagem de outrem, tendo ou não finalidade de obtenção de vantagem econômica”. Visando que o delito nada mais é do que a prestação de assistência à libidinagem para terceiro, mesmo que seja para obtenção de lucro ou que seja por prazer.

Da mesma forma, entende Bitencourt (2009, p.804) que: “se a vítima for menor de quatorze anos incidirá o art. 218; se, no entanto, for maior incidirá o art. 227, 1º (primeira figura) ”.

De acordo com Greco (2009, p.563), para configurar a referida figura típica é necessária que “a) a conduta de *induzir alguém*; b) com a finalidade de *satisfazer a lascívia de outrem*.”, defendendo que:

O núcleo *induzir* é utilizado no sentido não somente de inculcar a idéia na vítima, como também de convencê-la à prática do comportamento previsto no tipo penal. A vítima, aqui, é convencida pelo proxeneta a satisfazer a lascívia de outrem.

Ao interpretar a lei, tem-se que o legislador ao falar em indução, fala no fato de colocar uma ideia na cabeça da vítima para a prática da conduta delituosa. Tratando da presente temática Greco entende que:

Por *satisfazer a lascívia* somente podemos entender aquele comportamento que não imponha à vítima, menor de 14 (catorze) anos, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, uma vez que, nesses casos, teria o agente que responder pelo delito de estupro de vulnerável, em virtude da regra constante do art. 29 do Código Penal, que seria aplicada ao art. 217-A do mesmo diploma repressivo. (GRECO, 2009, p. 622-623),

Por fim, deve-se compreender então, que não basta apenas o induzimento para a configuração do referido crime, mas como também satisfazer a lascívia, e, desde que não haja a prática da conjunção carnal ou alguma prática de ato libidinoso, pois nessas situações restaria configurado o crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do CP.

3.4.3 Satisfação da lascívia própria ou de outrem na presença de criança e adolescente

Depois das alterações realizadas pela Lei 12.015, o artigo 218-A do CPB passou a prever o delito de induzimento do menor de 18 anos a satisfazer a lascívia de outrem, que antes não era prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

No antigo código penal, já dizia Greco que:

A redação anterior do delito de *corrupção de menores*, previsto no já modificado art. 218-A do Código Penal, somente tipificava o comportamento daquele que corrompia ou facilitava a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, fazendo com que presenciasse a prática de atos de libidinagem. (GRECO, 2009, p.95).

Contudo, o referido artigo possui um erro na sua redação, conforme vislumbrado por Greco (ano), pois se a vítima fosse menor de quatorze anos, ocorreria um fato atípico, ante a falha legislativa. Ou seja, o fato seria considerado atípico por ausência de previsão legal tanto pelo CP, quanto pelo ECA. Para evitar isso, após a reforma do CP, um novo artigo foi incluído pela lei 12.015 para prever tal conduta delitiva, conforme se infere a seguir:

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Sendo então, os elementos para a configuração do delito, o agente tem que praticar conjunção carnal, na presença de menor de 14 anos, induzindo o mesmo a presenciar a prática desses atos no intuito de satisfazer a lascívia própria ou de outrem.

Para que ocorra a consumação do crime, Greco afirma que:

é necessário que o agente esteja praticando a conjunção carnal ou outro ato libidinoso na presença de menor de 14 (catorze) anos. Inicialmente, pela redação do artigo em estudo, podemos concluir que, na primeira hipótese, embora o agente não tivesse induzido o menor a presenciar o ato sexual que estava sendo realizado, sabia que este a tudo assistia e, em virtude disso, permite que ali permaneça, pois que isso também é uma forma de satisfazer a sua própria libido ou mesmo a de outrem. (GRECO, 2009, p.96).

Nucci defende que o referido delito por ser cometido por meios virtuais, como se infere a seguir:

São novos tempos; a eles devemos nos adaptar. De igual modo, criminosos também se amoldam à tecnologia, cometendo infrações de toda ordem por meio de computadores. Diante disso, não há nenhuma diferença entre praticar um ato libidinoso na frente de um menor de 14 anos, em tempo real, por meio tecnológico ou na presença física. O bem jurídico – a dignidade sexual do menor – é afetada de igual maneira. (NUCCI, 2013, p.151).

Por fim, cumpre ressaltar que o menor ao presenciar o ato sexual deve ter alguma consciência do que se trata, ou seja, ele tem que entender que os atos presenciados são atos sexuais, pois sem tal consciência não há que se falar no cometimento de tal delito. Dessa forma, autores defendem que se a prática sexual for diante um bebê, que não tem a mínima consciência do que se trata, não há configuração de crime (SILVA, 2015).

3.4.4 Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

Acompanhando a Lei 12.015/2009, houve também a inclusão do artigo 218-B no Código Penal, o qual prevê:

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no **caput** deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no **caput** deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

De acordo com Greco (2009, p.104), o artigo 218-A traz em sua roupagem um outro conceito para pessoa vulnerável, “O referido art. 218-B, ao que parece, fornece um conceito mais amplo de pessoa vulnerável, uma vez que inclui, em sua definição, o menor de 18 (dezoito) anos”.

Para a configuração do crime, conforme reza o artigo 218, o agente tem de induzir ou atrair para a prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 anos e que não tenha o total discernimento para prática do ato por conta de alguma enfermidade ou deficiência mental e, por último, o agente tem que estar facilitando, impedindo ou dificultando que a vítima abandone a prostituição. Führer (*apud* SILVA, 2015), por sua vez, afirma que:

Prostituição é a atividade habitual daquele que pratica sexo mediante pagamento. O mesmo que meretrício. A prostituição referida no tipo não tem um cliente específico. Outra forma de exploração sexual refere-se a qualquer outra atividade libidinoso remunerada que envolve contato corporal (por exemplo, reunião para troca de casais, bacanais etc.)

Portanto, entende-se que prostituição deve ser uma atividade rotineira com a prática de sexo em troca de dinheiro. Além disso, outros tipos de exploração sexual são conhecidos, dentre os quais se pode defender a ocorrência de qualquer ato libidinoso que envolvam contato corporal, sendo tal prática realizada mediante pagamento.

3.4.5 Tráfico interno e internacional de pessoa menor de 18 anos para fins de exploração sexual

A referida lei 12.015/09 trouxe a previsão dessa conduta delitativa no artigos 231 e 231 - A, *in verbis*:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O crime de tráfico internacional de pessoa menor de 18 anos para fins de exploração sexual, prevê pena de três a oito anos, Mirabete e Fabbrini (2014, p.450) discutem primeiro sobre o artigo 231: “duas são as formas de conduta previstas no *caput* do art. 231: *promover* (dar causa, executar, tomar a iniciativa) e *facilitar* (auxiliar, ajudar, tornar mais fácil) a entrada ou a saída do país quando a iniciativa é da própria pessoa ou de outrem”. Bastando a entrada e a saída do agente para que haja a consumação do delito.

Por fim, no artigo 231-A tem-se a previsão da pena de dois a seis anos de reclusão, sendo exasperada quando o crime for cometido contra vítima vulnerável. Para Mirabete e Fabbrini:

[...] as condutas previstas no tipo são as de *promover* (dar causa, executar, tomar a iniciativa) ou *facilitar* (auxiliar, ajudar, tornar mais fácil) o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual. (FABRINI, 2014, p.454).

Sendo igualmente tratado como no delito de tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual, a consumação do crime de tráfico interno de pessoa se dar no momento em que o agente passivo entra em exercício da prostituição ou outro tipo qualquer de exploração sexual. Porém, não precisa ter costumeiramente para se configurar prática delitiva.

4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA VULNERABILIDADE E A POSSIBILIDADE DA SUA RELATIVIZAÇÃO COM BASE NO CASO CONCRETO

Neste capítulo, serão abordados os aspectos controvertidos da vulnerabilidade e a possibilidade da sua relativização nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, tendo por base casos concretos julgados pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

Primeiramente, serão analisados os posicionamentos doutrinários acerca da matéria e por fim, verificar a opinião da doutrina pátria no que tange à relativização da vulnerabilidade nos crimes sexuais.

Por fim, serão apontadas decisões majoritárias acerca da possibilidade de relativização da vulnerabilidade, sendo necessária a análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça da Paraíba. Feita tal análise, no último tópico do presente capítulo será analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de relativizar a vulnerabilidade nos crimes sexuais cometidos contra vulneráveis.

4.1 - POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS CONTRÁRIAS À RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS

Parte da doutrina pátria no que tange à conceituação de vulnerabilidade prevista pelo legislador, mormente a definida pela questão da idade – vítima menor de 14 anos -, considera tal aspecto absoluto, ou seja, as delimitações operadas pelo legislador são absolutas, não se permitindo nenhuma relativização das mesmas.

Seguindo tal entendimento, citam-se inicialmente os doutrinadores Mirabete e Fabbrini (2014, p. 425), os quais defendem em relação aos crimes sexuais praticados contra menores de quatorze anos ou de dezoito anos, a lei não outorgou ao magistrado nenhuma “margem de discricionariedade que permita aferir no caso concreto o grau de maturidade sexual do menor para aplicação dos diversos dispositivos legais”.

Os referidos doutrinadores defendem que na reforma operada pela Lei 12.015/09 o legislador optou por não adotar a disciplina, compreendida no ECA que estabeleceu a idade de 12 anos, como parâmetro de fim da infância e início de adolescência, razão pela qual, o menor de quatorze anos e o menor de dezoito anos são especialmente protegidos nos diversos tipos legais em razão da idade que possuem, independentemente de terem, no caso concreto,

maior ou menor discernimento ou experiência em matéria sexual (MIRABETE e FABBRINI, 2014).

Já no que diz respeito aos vulneráveis acometidos por enfermidade ou deficiência mental, Mirabete e Fabbrini (2014) entendem que a presunção de vulnerabilidade é relativa, de modo que se impõe não somente a constatação da existência da enfermidade ou deficiência mental, mas também deve ser observado o grau de discernimento em relação às questões sexuais em geral e em particular, diante das especificidades do ato sexual praticado.

Martinelli (*apud* Silva, 2015) também se posiciona contrariamente a relativização da vulnerabilidade ao afirmar que:

[...] a idade da vítima é elementar do tipo e, assim, basta o ato sexual e estar na faixa etária correspondente. O critério é o mais objetivo possível, permitindo-se concluir que o legislador não adotou o critério do ECA de distinção entre crianças e adolescentes.

Sob o mesmo prisma tem-se Marcão e Gentil (*apud* Silva, 2015), ao defenderem que em relação aos menores de 14 anos mencionados no *caput* do artigo 217-A do Código Penal, que a vulnerabilidade decorrente da idade da vítima não comporta relativização, porquanto absoluta, uma vez que “a lei não permite a prática de atos sexuais com aqueles que têm por vulneráveis, assim considerados conforme a redação desse dispositivo”.

Greco (2014, p. 540) também é contrário à essa relativização, ao defender que não há que se falar em relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos, tendo em vista que “a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos”.

Da mesma forma Prado entende que diferentemente do que ocorre no crime de estupro, previsto no artigo 213 do CP, para que haja a configuração do estupro de vulnerável não é necessário o manifesto dissenso da vítima, expresso na sua resistência à cópula carnal ou ao ato libidinoso, que somente é superada pelo emprego da violência ou grave ameaça, de modo que configura o presente delito:

a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito. (PRADO, 2010, p. 674).

Delmanto também se manifesta contrariamente à relativização da vulnerabilidade ao menor de quatorze anos no crime de estupro, defendendo que:

não é necessário que haja constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, mesmo porque o seu eventual consentimento, para fins penais, não é válido porquanto a idade de 14 anos foi uma opção do legislador que não comporta relativização. (DELMANTO, 2010, p. 705)

Pierangeli e Souza (2010, p. 57-58), embora discordem do termo empregado ao crime disposto no artigo 217-A do Código Penal, qual seja, estupro de vulnerável, visto que o vocábulo *estupro* importaria no uso de violência ou grave ameaça, afirmam que “o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos e de pessoa enferma ou deficiente mental não é válido. A primeira por lhe faltar maturidade; a segunda por não reunir capacidade de discernimento”.

Ademais, tem-se a questão do erro de tipo previsto no artigo 20 do Código Penal que, não seria uma hipótese de relativização da vulnerabilidade, mas sim uma circunstância que exclui o dolo do agente, como exemplifica Greco:

imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas, etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça. (GRECO, 2014, p. 542-543).

Nesse contexto, a conduta praticada pelo agente, que desconhece a idade da vítima, pois, em virtude das circunstâncias fáticas, é induzido ao erro, pode ser considerada atípica por ausência do elemento subjetivo inerente ao tipo penal, que é o dolo de ter conjunção carnal ou praticar atos libidinosos com indivíduos menores de quatorze anos ou por outras situações se encontrarem em situações de vulnerabilidade.

Por fim, os posicionamentos doutrinários contrários à relativização da vulnerabilidade do menor de quatorze anos podem ser assim sistematizados: (A) o critério adotado pelo legislador é absoluto, portanto, não se permitindo nenhuma relativização; (B) a lei não conferiu ao magistrado aferir no caso concreto o grau de maturidade sexual do menor de quatorze anos; (C) não é necessário que haja constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, mesmo porque o eventual consentimento da mesma, não é válido para fins penais, porque a vulnerabilidade da vítima menor de quatorze anos foi uma opção do

legislador, a qual não admite relativização; e, (D) a questão do agente desconhecer a idade da vítima, configurando o erro de tipo previsto no art. 20, *caput*, do CP, não seria uma hipótese de relativização da vulnerabilidade, mas sim uma circunstância que exclui o dolo do agente e a conduta torna-se atípica.

4.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS FAVORÁVEIS À RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS

Parte da doutrina é favorável à relativização da vulnerabilidade da vítima nos crimes sexuais, defendendo que a ideia da vulnerabilidade não é um critério absoluto e sim relativo, devendo ser apreciado pelo juiz em cada caso concreto.

A priori, interessante o questionamento feito por Nucci, a seguir transcrito:

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? (NUCCI, 2009, p.37).

De acordo com o referido doutrinador, o legislador em sua nova redação apenas alterou o tema da relativização da presunção da violência pelo tema da relativização da vulnerabilidade. De modo que, o legislador ao substituir a polêmica presunção de violência em suas modificações perante o CP, deixando de inserir as divergências de entendimentos sobre o tema. Dessa forma, Nucci defende que os crimes sexuais cometidos contra menores de doze anos devem ser vistos como absolutos, porém, já nos crimes contra vítimas entre doze e quatorze anos, deve haver a relativização, conforme se infere a seguir:

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 penal ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. (NUCCI, 2009, p.37).

Nucci (2009, p.38), em sua doutrina faz menção de que a lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012, em seu artigo 68, *caput*, menciona que os adolescentes entre 12 e menores de 21 anos em cumprimento de medida socioeducativas, tem o direito a visita íntima. Se há tal

previsão, entende-se que os crimes sexuais praticados contra vítimas entre doze e quatorze anos deve ser relativizado.

Como bem explica Bitencourt (2012)², devemos “distinguir não somente os conceitos de presunção de vulnerabilidade absoluta ou relativa, mas também estes do conceito puro de vulnerabilidade absoluta e relativa”. Para o autor, esses conceitos não contem grandes divergências, porém não podem se distanciar. Primordialmente, a ideia seria elencar todos os pressupostos da vulnerabilidade para dar cada qual o seu grau, depois de elencados os tipos, seria então o dever da justiça julgar a presunção, sendo relativa ou absoluta, a depender das circunstâncias.

Rassi (2011, pag. 69-70), a vulnerabilidade é conceito polissêmico que se aplica a diferentes situações, ou seja, é protegido pelo Direito Penal em diferentes contextos. No que tange ao art. 217-A, é perceptível que a vulnerabilidade dos menores de quatorze anos decorreria de sua imaturidade frente aos atos sexuais, razão pela qual não possuiriam capacidade de consentir de forma válida. No entanto, é de se observar que o consentimento é questão que se liga diretamente com o bem jurídico protegido pela norma, no caso, o ingresso precoce na vida sexual.

Jesus entende que:

Busca-se defender a intangibilidade sexual de determinado grupo de pessoas, consideradas em sua condição de fragilidade, pondo-as a salvo do ingresso precoce ou abusivo na vida sexual. Para a configuração dos delitos tipificados neste capítulo é desnecessária a existência do dissenso da vítima, que se considera, por força de disposição legal, irrelevante. (JESUS, 2011, p. 156).

Segundo o ilustre penalista, a proteção integral de um grupo de pessoas, ou seja, aquele coletivo que ainda não tem o desenvolvimento por completo, ou que não possuem a capacidade de discernir, denominado de vulneráveis, para que o delito ocorresse deveria haver o total dissenso da vítima.

Sob o mesmo entendimento, encontra-se Estefam (2009, p.59) defendendo que “o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos maiores de 12 anos já completados) ”.

Favoravelmente à relativização da vulnerabilidade, podem ser citadas as palavras de João José Leal e Rodrigo José Leal (*apud* Silva, 2015):

² Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>> Acesso em 10 set 2016

[...] a exemplo da violência presumida, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Essa é uma questão delicada, mas cremos que, em casos especiais, é possível admitir-se a exceção à regra geral, desde que essa condição de experiência sexual do sujeito passivo venha a constituir um fator determinante para o agente incidir em erro de tipo. É evidente que o menor precocemente amadurecido nas coisas do sexo, seja qual for o motivo que conduz a essa lamentável condição, não deixa de merecer a proteção especial do Direito. Mas pode perder o seu estado de inocência e de ingenuidade, ou seja, de “pessoa vulnerável”, que é o fundamento ético-jurídico do princípio de proteção integral, principalmente se aparentar idade superior e complexão física precocemente desenvolvida. Nesses casos, a inexistência de violência real ou grave ameaça podem eliminar a tipicidade da conduta de manter relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos de idade. Embora seja triste admitir, nas hipóteses de atos sexuais mantidos com menores de 14 anos já iniciados na prática de coito anal ou vagina, da felação ou outros atos libidinosos, a presunção de pessoa vulnerável quanto à integridade sexual pode ser afastada. (LEAL, (2009, p.33).

Com base no entendimento acima esposado, pode-se afirmar que o autor almejou defender, que nem todo ato sexual realizado com um menor de quatorze anos, não poderia ser visto como um crime hediondo, já visto que a vítima teria notório conhecimento e experiência na prática sexual.

Defendendo a mesma linha de raciocínio, Costa Júnior e Costa (2011, pag.869) afirmam que um entendimento absoluto da vulnerabilidade implicaria, por exemplo, de “uma menina de treze anos que quisesse ter relação com o namorado, com o seu consentimento e muitas vezes até mesmo com orientação dos pais, não poderia tê-la sob pena de seu namorado praticar um crime hediondo”.

Vale salientar que esses grandes doutrinadores favoráveis à relativização da vulnerabilidade, apontam na maioria, que vítimas menores, maiores de 12 e 14 anos, seriam vulneráveis relativamente falando, e, em relação às vítimas menores de 12 anos, a vulnerabilidade seria absoluta.

Por fim, os posicionamentos favoráveis no que tange à relativização da vulnerabilidade podem ser sistematizados da seguinte maneira: (A) o grau de vulnerabilidade da vítima deve ser aferido pelo magistrado no caso concreto, portanto, não é absoluto; (B) o legislador encontra-se travado na idade de quatorze anos sendo incapaz de acompanhar a evolução da sociedade. Neste viés, o maior de doze anos teria capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais, sendo tal entendimento fundamentado pelo ECA; (C) o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto podendo ser admitida prova em contrário; e, (D)

defende-se a vulnerabilidade absoluta às vítimas menores de doze anos e a vulnerabilidade relativa às vítimas maiores de doze anos e menores de quatorze anos.

4.3 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS E A FAVOR DA RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

4.3.1 Precedentes do STF

Em pesquisa ao *site* do Supremo Tribunal Federal, por conta da atualidade das modificações da Lei 12.015, em 7 de agosto de 2009, ainda não há nenhum julgado que trate o tema em questão, todos encontrados tratam da presunção de violência contida no antigo CP.

Portanto, serão analisados antigos julgados contendo as principais decisões que trataram da presunção de violência, em casos envolvendo menores de quatorze anos, em seu artigo 224, A, do CP antes da reforma. O caso mais antigo encontrado no endereço eletrônico do STF é o HC 51500³, sessão presidida pelo Sr. Ministro Barros Neto, realizado no dia 8 de outubro de 1973, onde foi decidido que:

ESTUPRO COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA (CP ART. 224, 'A'). O CONSENTIMENTO DA OFENDIDA E SUA EXPERIENCIA SEXUAL ANTERIOR NÃO DESCONSTITUEM A TIPICIDADE DE TAL FATO CRIMINOSO.

II - DOLO INTENSO OU BRANDO E QUALQUER MATÉRIA ENVOLVIDA EM PROVA NÃO PODEM SER OBJETO DE APRECIÇÃO EM PROCESSO DE HABEAS-CORPUS.

No interior do acórdão, extrai-se que o agente foi denunciado pelos crimes tipificados pelo artigo 213 combinado com o artigo 224, sendo absolvido em primeira instância. O Ministério Público apelou, inconformado pela sentença proferida. Posteriormente condenado em outra instância.

Anos posteriores, o Supremo Tribunal Federal vem discutindo sobre o mesmo assunto. Nesse sentido, vale destacar o HC 93.263⁴ de 2008, que tem a Sra. Ministra Cármen Lúcia

³ Anexo A

⁴ Anexo B

como relatora. Entendendo pela não relativização da presunção de violência em casos com vítimas menores de quatorze anos a referida Ministra defendeu que:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE MENOR DE QUATORZE ANOS SERIA RELATIVA EM RAZÃO DO CONSENTIMENTO DA OFENDIDA: IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO QUANDO A VÍTIMA É MENOR DE QUATORZE ANOS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. *É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro.* Precedentes. 2. Habeas Corpus indeferido⁵

No caso apresentado, o agente em primeira instância foi condenado pelos crimes albergados pelos artigos 213, 224, a, e 226, II, todos do CP. Consta nos autos que o agente mantinha relacionamento sexual com uma menor de 13 anos, não havendo emprego de violência ou grave ameaça. Em seu voto, a Sra. Ministra Cármen Lúcia nega o provimento, alegando “irrelevante para a configuração do delito o consentimento da vítima menos de catorze anos, somente seria possível falar em erro de tipo se houvesse comprovação de que o Paciente desconhecia a idade da vítima na época dos fatos”.

O STF⁶ tem o seu entendimento igualitário em relação a casos envolvendo a relativização da vulnerabilidade, julgando a sua objetividade e o seu caráter absoluto, com exceção do seguinte julgado:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. 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.

No caso demonstrado, encontra-se o Sr. Ministro Marco Aurélio como relator, onde encontra-se um crime tipificado pelo artigo 213 combinado com o artigo 224, ambos do CP.

⁵ Anexo C

⁶ Anexo D

Que a partir das provas apuradas, constatou que a vítima mantinha relações sexuais com o paciente, pensando este que ela tinha idade superior, porém a vítima havia mentido. É de suma importância transcrever trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

Portanto, é de se ver que já não socorre a sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez.

Em suas palavras, o Ministro Marco Aurélio ainda colaciona que:

O quadro revela-se realmente estupefacente, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. *A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra.* Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças.

No presente caso, por maioria dos votos, houve a relativização da presunção de violência. Contudo, esse caso supracitado, foi o único no STF, não dando seguimento em decisões a outros casos que envolvam a presunção de violência, conforme pode ser observado pela seguinte decisão:

Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): *caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário* – conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.

Assim, conclui-se pela análise dos julgados do STF acima transcritos que o Pretório Excelso entende que a vulnerabilidade da vítima menor de quatorze anos é objetiva e absoluta, portanto, na maioria de suas decisões o referido órgão jurisdicional é contrário à relativização da vulnerabilidade nos crimes sexuais praticados contra menores de quatorze anos.

4.3.2 - Precedentes do STJ

Acerca dos julgados do Supremo Tribunal de Justiça⁷, em se tratando da antiga presunção de violência, existem julgados em que o tribunal aceitou a relativização da antiga presunção de violência. Porém, acerca da nova presunção da vulnerabilidade, nos crimes praticados contra vulneráveis, mormente os menores de quatorze anos, após o advento da Lei 12.015, a jurisprudência tem sido igualitária a todos os casos julgados quanto à caracterização, sendo absoluta a vulnerabilidade nos delitos sexuais contra menores de 14 anos. Em um dos casos tem-se que:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. *Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.* 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Em acórdão, a relatora Sra. Ministra Thereza de Assis Moura no seu voto, versa sobre a antiga presunção de violência do antigo código, dizendo que:

o Supremo Tribunal Federal já havia decidido pela constitucionalidade da proteção jurídico-penal da liberdade e dignidade sexual em relação a crianças e adolescentes, entendendo que eventual consentimento da vítima não elidia a presunção da violência para a caracterização do estupro: (...).

No presente caso, a ministra entendeu que nem o consentimento da vítima torna a conduta atípica. Em outro caso, também envolvendo o crime de estupro de vulnerável, é negado o provimento do pedido para não ir de frente ao entendimento do STF⁸, continuando irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 em crimes sexuais:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO.

⁷ Anexo E

⁸ Anexo F

RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. 2. *Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes.* 3. *Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu.* 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto

Em análise do último caso citado, tendo como relator Sr. Ministro Marco Aurélio, observando um trecho presente nos embargos, expõe acerca da relativização da presunção de violência, defendendo então, o respeito da analogia de outros votos anteriores, respaldando contra a relativização da vulnerabilidade.

Com isso, demonstra que o STJ, como o STF, no que tange a vulnerabilidade dos crimes sexuais cometidos a menores de 14 anos, entende-se que a mesma é absoluta, e não convém a relativização em caso concreto. Sendo assim, não há nenhuma decisão proferida pelo STJ, que tenha relativizado a vulnerabilidade nas vítimas do crime de estupro de vulnerável.

4.3.3 - Precedentes do TJ/PB

Quanto ao Tribunal de Justiça da Paraíba, onde acompanha preferencialmente os tribunais de instância superiores, em análise de julgados atuais, tem admitido a relativização da vulnerabilidade das vítimas menores de 14 anos em crimes contra a dignidade sexual.

Em decisão proferida pela Câmara Especializada Criminal⁹, em sessão presidida pelo Desembargador Carlos Martins Beltrão Filho, acordou pela relativização da vítima, visto que, mantinha relacionamento sexual com eventualidade com o réu:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VITIMA, NA ÉPOCA, QUALIFICADA COM ONZE ANOS DE IDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. AGENTE PRIMÁRIO QUE NÃO OSTENTA PERSONALIDADE VIOLENTA. ATOS CONSENTIDOS PELA VÍTIMA. RELATIVIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA. PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO. REFORMA QUE SE IMPÕE. PROVIMENTO. 1. Punir a pessoa que manteve relações sexuais ou prática de atos

⁹ Anexo G

libidinosos com menor de 14 (quatorze) anos, sem análise detalhada do ocorrido, implicaria em conceder punição arbitrária ao agente, penalizando-o pela omissão daqueles que não zelaram pela menor, ou pela falta de políticas sociais que preservassem o crescimento e bemestar desta, propiciando olhares a sua educação, tratamento familiar e convivência sadia na sociedade. 2. No que tange à vulnerabilidade, esta não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário, o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. 3. Recurso provido.

O desembargador em seu voto explana acerca da menor de 14 anos, ser “vítima da própria estrutura familiar e de um sistema social fraco e impotente”, ainda afirma acerca das cortes superiores ainda serem absolutas enquanto a relativização da vulnerabilidade, “Louvo o entendimento do nobre julgador quando justifica que a violência, nos casos de estupro de vulnerável, deve ser absoluta, em qualquer hipótese, mas com ele não me filio”.

De igual modo, por votação unânime, a Câmara Especializada Criminal¹⁰ reconhece a relativização da vulnerabilidade, proferindo pela atipicidade da conduta:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONFISSÃO. APELO. ABSOLVIÇÃO. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE RÉU E VÍTIMA. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE NOCIVA POR PARTE DO RÉU. CONDIÇÕES PESSOAIS A ELE FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO APELO. Os elementos de convicção constantes nos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade à época dos fatos) e o réu (com 20 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por cerca de um ano, conduta que, em tese, se amoldou ao tipo penal do artigo 217-a do Código Penal pátrio. No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta, simplesmente pelo critério etário o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do poder judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes. Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva. A análise de tal peculiaridade permite a relativização de sua vulnerabilidade. Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a absolvição do réu com base no art. 386, III, do código de processo penal).

Estudando o caso concreto, verifica-se que o caso se enquadra na tipificação da legislação penal, porém, verifica que a conduta do agente não provocou em nenhum momento lesão ao bem jurídico tutelado, que é a dignidade sexual da vítima, nunca sendo forçada e nem sendo agredida fisicamente ou moralmente para a prática do ato sexual.

¹⁰ Anexo H

Em outra sessão de julgamento¹¹, o tribunal paraibano relativizou a vulnerabilidade mediante a aplicação do princípio fundamental constitucional, sob os argumentos da liberdade sexual da menor:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. RELAÇÃO AMOROSA PÚBLICA. CASAL DE NAMORADOS. VULNERABILIDADE RELATIVA. MENOR DE CATORZE ANOS. PLENA CONSCIÊNCIA ACERCA DA SUA SEXUALIDADE. INICIAÇÃO PRECOCE DA VIDA SEXUAL. DIREITO DE LIBERDADE DA MENOR. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO, SEDUÇÃO OU CORRUPÇÃO DA MENOR. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO. - A vulnerabilidade da menor deve ser aferida, no caso concreto, não se podendo considerá-la absoluta, sobretudo, nas hipóteses de que há uma relação amorosa pública, entre casal que convivia maritalmente, inclusive, morando junto sobre o mesmo teto. - Para a configuração do tipo penal, há a necessidade da confluência da tipicidade formal, vale dizer, a adequação dos fatos à norma, bem como da tipicidade material, plasmada em juízo de valor sobre a ofensividade da conduta e do resultado produzido, de sorte que não existe crime sem que estejam presentes indissociavelmente esses dois requisitos.

Por fim, do exposto conclui-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, é no sentido de ser favorável, a depender do caso concreto à relativização da vulnerabilidade da vítima menor de quatorze anos nos crimes sexuais, afastando então, o caráter absoluto e objetivo dos crimes sexuais previstos no CP.

4.4 - POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS COMO FORMA DE GARANTIR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade encontra sua base no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo encontrado em diversos artigos do texto constitucional tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVII), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I), conforme defendido por Capez (2014).

Tal postulado norteia o legislador na criação e modificação da legislação pátria, estando presente na Constituição Federal de forma implícito. Em sua aplicação podem ser notadas duas modalidades: sendo a primeira, com base na norma constitucional e, a segunda

¹¹ Anexo I

está na atuação da filtragem nas criações das medidas restritivas dos direitos fundamentais e na organização estatal colocando freios na função estatal, em todos os órgãos competentes na área: no legislador, na administração e no judiciário.

No que tange ao Direito Penal, o princípio fica aparente na criação de novas tipificações, impondo a sociedade limites para atitudes moralmente não aceitas, assegurando a aplicação da punição positivada em todos os indivíduos que ali seguram. Com outras palavras, essa punição assevera limitações em todo o coletivo, portanto, essas restrições têm que ser obrigatoriamente compensada nas melhorias da proteção do interesse dos bens jurídicos tutelados.

Como explica Bitencourt:

os princípios são garantidos a todos os cidadãos e encontram-se de maneira expressa ou implícita na Constituição Federal. Os princípios têm como objetivo “orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista. (BITENCOURT, 2007).

Ademais, se uma nova norma criada para ser benéfica para sociedade, mas se a mesma for contrária aos anseios sociais, tornando mais maléfica do que benéfica, assim ferindo o princípio da proporcionalidade e dessa forma deve ser excluída da legislação por vício de inconstitucionalidade ou até mesmo ser editada de forma que se torne mais benéfica. Segundo Lopes:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem a autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade). (LOPES, 2000).

Com isso, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade deve fazer um equilíbrio acerca da existência do bem lesionado ou em estado de perigo e a privação de alguém.

Greco (2010, p.579) afirma que “A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam

no Título VI do Código Penal”. E assim, justifica a positiva mudança do legislador, afirmando que “o foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual”.

Nessas alterações, acabou que impondo uma nova tipificação penal, sendo chamada de “Estupro de Vulnerável”, crime este, que tem sua punição mínima de 8 anos e máxima de 15 anos, incluindo dentro desse patamar de vulneráveis aquelas pessoas menores de 14 anos, com enfermidade ou deficiência mental, e pessoas que não tem discernimento necessário para a prática do ato ou que não possa oferecer qualquer resistência.

Alvo de polêmica por décadas, o legislador em sua função de priorizar a evolução sociocultural e além disso buscar a proteção integral da dignidade sexual dos vulneráveis em sua nova redação, extinguiu a presunção de violência, antes positivada na redação do revogado artigo 224 do CP, dando vida ao novo conceito que viria a substituir a antiga presunção, a “vulnerabilidade”.

Diante de tais fatos, não demorou muito para doutrinadores criticarem a nova redação do CP, desaprovando a ausência da relativização da vulnerabilidade, discordando primordialmente acerca das suas características como sendo absoluta e objetiva. Sendo assim, com esse novo conceito absoluto acerca da vulnerabilidade presente nas novas classificações penais, não acomodando a relativização, é mesmo que ocultar o momento cultural e moral vivenciado atualmente, pois desconsidera qualquer particularidade dos crimes sexuais praticados contra vulneráveis.

É de notório saber, que os adolescentes nos dias atuais estão adentrando precocemente na vida sexual, seja com o seu parceiro adolescente ou com parceiro maior de 18 anos, sendo com total consentimento e discernimento quanto da parte do menor de 14 anos quanto da família.

Por essa razão que a relativização tem sido um assunto polêmico, pois muitos doutrinadores explanam que a vulnerabilidade não pode ser vista como apenas uma característica, mas sim devendo ser avaliada em casos concretos. Estabelecendo ao certo, quem está verdadeiramente sendo vítima de um estupro de vulnerável.

Contudo, com a nova nomenclatura do título, veio à tona a palavra “dignidade”, trazendo um princípio para a proteção dos vulneráveis, o princípio da dignidade da pessoa humana. Como já se sabe, esse princípio está descrito expresso na Constituição Federal do Brasil no artigo 1º, III. Trazendo em seu artigo 224, a proteção da Criança e Adolescente com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que agora se engloba também a dignidade sexual dos vulneráveis.

Com isso explanado, vale-se dizer que a dignidade sexual é como uma espécie da dignidade da pessoa humana, com isso entra a questão de outro princípio presente na CF que adentra no direito penal, a proporcionalidade, como explica Nucci:

Colocar a dignidade sexual acima de qualquer outro bem jurídico (direito à liberdade) teria o significado de desprestigiar o valor autêntico da pessoa humana. Assim, o agente do crime sexual deverá ter seus direitos respeitados e os princípios garantistas constitucionalmente previstos. Uma pena “proporcional” tem o condão de justiça, sem desprezitar a tutela de bem jurídica dignidade sexual. (NUCCI, 2009).

Por fim, pode-se concluir ao relacionar a nova capitulação legal com o princípio da proporcionalidade, verifica-se que crimes com condutas menos graves como por exemplo, o beijo lascivo e o toque de cunho sexual, se equipara com os crimes mais graves como quando há o estupro com penetração vaginal ou anal, fazendo com que seja garantida a relativização de tais condutas ao lado da relativização da vulnerabilidade do agente como forma de resguardar a aplicação do princípio da proporcionalidade na aplicação do direito ao caso concreto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa apresentada teve como objetivo mostrar historicamente a evolução dos crimes sexuais perante a nossa legislação penal. Positivada no Código penal, destacou-se os principais conceitos, elementos e espécies dos crimes sexuais, para então, tratar acerca dos delitos praticados contra a dignidade sexual em face dos vulneráveis. Destacou-se a mudança do bem jurídico tutelado, sendo agora, a busca da proteção integral da dignidade da pessoa humana, princípio este fundamente que está redigido na Constituição Federal de 1988, tirando a proteção da moral e social.

Destacou-se que a introdução da Lei nº 12.015/2009 provocou significativas mudanças no Código Penal de 1940, ao mudar a nomenclatura do Título VI para “Dos crimes contra a dignidade sexual, especificando como delito autônomo o estupro de vulnerável, criando assim, sanções mais severas para os agentes que praticarem atos sexuais e libidinosos com pessoas que são consideradas vulneráveis, quais sejam: os menores de 14 anos (*caput*), e aqueles 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*” (§ 1º).

Além disso, graças ao advento da Lei nº 12.015, trouxe outras alterações para o CP, destacando a revogação do artigo 224, no qual onde se falava da antiga presunção de violência, que era aplicada em combinado com o crime de estupro (artigo 213) ou atentado violento ao pudor (artigo 214), em casos que a vítima fosse menor de 14 anos, houvesse alguma debilidade em que agente tinha conhecimento ou que não pudesse, por qualquer causa, oferecer resistência.

Com a revogação do artigo 224 do Código Penal, houve a extinção do termo presunção de violência, dando continuidade da sua polêmica acerca da relativização, transferindo para um novo termo, a vulnerabilidade, onde foi apresentada uma breve distinção entre os dois termos.

Em se tratando da possibilidade da relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, em relação a sua liberdade sexual, a pesquisou demonstrou em diferentes aspectos que a doutrina não tem isonomia em seus entendimentos, sendo inviável uma adesão de um entendimento que predomine, graças as controvérsias dos autores.

Quando se fala em entendimentos proferidos pelo STF, não há nenhuma, ainda, controvérsias acerca da relativização da vulnerabilidade, sendo a maioria dos votos favoráveis para a continuação do crime objetivo e absoluto. O mesmo se encontra no STJ, em se

referindo nos crimes julgados após o advento da Lei 12.015, o referido tribunal tomou o posicionamento igual ao STF, entendendo como sendo de caráter absoluto a vulnerabilidade dos menores de 14 anos.

Contudo, nos casos julgados pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, foi demonstrado que diversos julgados estão sendo voltados para um só entendimento, proferindo acórdãos a favor da relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, principalmente nos casos onde os agentes estão em relacionamentos amoroso, com o cometimento tanto do menor de 14 anos quanto dos familiares.

Por fim, foi apresentado uma breve análise acerca do princípio da proporcionalidade, com o objetivo de servir como um princípio garantidor da possibilidade de relativização do conceito da vulnerabilidade no crime de estupro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 4. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

BINTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**, 13. ed. Saraiva, 2008.

_____. **Tratado de Direito Penal, 4**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. I. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>> Acesso em: 02 ago 2016.

BRASIL. Decreto nº. 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Brasília, 12 mar 2004. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 18 ago 2016.

_____. **Código Penal (1940)**. Decreto-Lei nº 2848, de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 out. 11.

_____. Lei nº. 12.015, de 07 de Agosto de 2009. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília-DF, v.146, n.151, p.1-2, 10 ago. 2009. Seção 1.

_____. Ministério da Saúde. Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf>. Acesso em: 8 dez 2014.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730&tp=1>>. Acesso em: 18 ago 2016

_____. Lei nº. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) **Diário Oficial da União**. Brasília, 18 jan 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm Acesso em 18 ago 2016.

_____.Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Processo Nº 00000457620158151071**, Câmara Especializada Criminal, Relator Desembargador Carlos Martins Beltrao Filho. Paraíba, 09 jun 2016. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/6/14/1ffeec8f-1065-4601-810f-a0896338d348.pdf>> Acesso em 10 set 2016.

_____.Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Processo nº 00004754120148150981**, Câmara Especializada Criminal, Relator Desembargador Joao Benedito. Paraíba, 04 jun 2016. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/4/7/9dbcb2b8-fda2-451d-ab07-37084aab1ce2.pdf>> Acesso em 10 set 2016.

_____.Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Processo nº. 00020965120128150041**, Câmara Especializada Criminal, Relator Desembargador Carlos Martins Beltrao Filho. Paraíba, 18 jun 2016. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/6/25/3e08c632-4477-46ca-ab12-13c436d797c4.pdf>> Acesso em 10 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 51500, Relator: Ministro Antônio Neder, Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico** Brasília 08 out 1973. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=63401>>. Acesso em 18 ago 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no REsp 1363531/MG, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma. Brasília 27 jun 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300278357&dt_publicacao=04/08/2014 Acesso em 10 set 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1371163/DF, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma. Brasília, 25 jun 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300796774&dt_publicacao=01/08/2013>. Acesso em 10 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 73662, Relator: Ministro. Marco Aurélio, Segunda Turma, Brasília 21 mai 1996. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>> Acesso em 10 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 93263, Relator: Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília 19 fev 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520123>>. Acesso em 18 ago 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 81268, Relator Ministra Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília 16 out 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78677>> Acesso em 18 ago 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. **Código Penal comentado**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**. Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009

GIORDANI, Mario Curtis. **História do Direito Penal Entre os Povos Antigos do Oriente Próximo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GRECO, Alessandra Orcesi. Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2010

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado** – 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. II. 11ª Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

- _____. **Curso de Direito Penal**: parte especial. v. III. Niterói: Impetus, 2011.
- HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, 3. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado: estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável. **Revista IOB de Direito Penal Processual Penal**, Porto Alegre, v.10, n.58, out. 2009.
- LOPES, Marco Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2 ed. at. amp. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, vol 2, 2000. Disponível em:<http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf>. Acesso em: 18 ago 2016.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. 2º edição, São Paulo: RT, 2000.
- LYRA, Roberto. **Introdução ao estudo do direito criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1946.
- MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dignidade e Liberdade Sexual: o Objeto de Tutela nos Crimes Sexuais e a Exploração Sexual. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 99-128, abr./maio 2014.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde. Aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília, 10 nov 2011. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf> Acesso em: 08 ago 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

_____. **Manual de Direito Penal**. v. 2. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** - 12ª Ed. editora RT. 2012.

_____. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009** (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, dez / 2010.

PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes Sexuais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

_____. **Códigos Penais do Brasil**. Evolução Histórica. São Paulo: Editora Javoli, 1980.

PORTINHO, João Pedro de Carvalho, Historia, Direito e violência: estupro e atentado violento ao pudor – Aspectos gerais. **História e-história**. Ago/2005. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/matéria.cfm?tb=alunos&ID=10>>. Acesso em 13 de ago. 2016.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 3.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Comentários ao Código Penal**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: Parte especial: arts. 184 a 288**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 8 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2 , p. 621 a 637, 2010.

Rassi, João Daniel. A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 19, n.º 92, set./out. 2011.

SANTOS, Jéssyca da Silva, A (im)possibilidade da Relativização da Vulnerabilidade nos Crimes Contra a Dignidade Sexual. 2015. 92 fls. Trabalho de Conclusão de Curso bacharel Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis-SC.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ªed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SPRINTHALL, Norman A.; COLLINS, W. Andrew. **Psicologia do Adolescente**. Uma abordagem desenvolvimentista. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

ANEXOS