

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARINA VATANABE SHINMI

**QUEM É A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS TUTELADA PELO ART. 217-A?
A SELETIVIDADE DO SISTEMA JUDICIAL CRIMINAL NO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

CURITIBA
2013

MARINA VATANABE SHINMI

QUEM É A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS TUTELADA PELO ART. 217-A?
A SELETIVIDADE DO SISTEMA JUDICIAL CRIMINAL NO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Priscilla Placha Sá.

CURITIBA
2013

A meus pais e irmãos, que nada mais são
do que minha própria essência.

AGRADECIMENTOS

A gratidão que expresso nesse reduzido espaço refere-se não somente ao presente trabalho, mas ao encerramento de um ciclo. É indescritível a sensação de olhar para trás e sentir uma nostalgia do que ainda não acabou. Os momentos e os rostos aparecem em meio às lembranças e, me vendo diante de cada um, só posso dizer: obrigada.

À minha orientadora, Priscilla Placha Sá, pela honra de me orientar e compartilhar comigo seu brilhantismo. Figura fundamental no desenvolvimento, principalmente em relação à perspectiva adotada, bem como na conclusão deste trabalho.

À minha família, meu porto seguro e razão das minhas conquistas.

À minha mãe, Amélia M. Y. V. Shinmi, responsável por construir a figura materna mais doce que eu poderia ter. Mãe em todos os sentidos da palavra, em uma mistura de firmeza e leveza, alimenta em mim a mais profunda admiração.

Ao meu pai, Oscar Koiti Shinmi, por sua garra, com a qual me ensinou a importância dos estudos e da determinação. Responsável por me fazer querer alçar voos mais altos e ter a perseverança necessária para realiza-los.

Aos meus irmãos, Ana Paula V. Shinmi e Alexandre V. Shinmi, pelo aconchego e inigualável sensação de segurança e tranquilidade que só existem em nossa casa como consequência da presença de vocês. Obrigada pela convivência diária e compreensão velada.

Ao meu vizinho, Paulo Vatanabe e minhas eternas saudades.

Ao Guilherme Beltrão Barbosa, pela presença constante, pela leveza que traz consigo e pelo que me faz sentir.

Às minhas amigas, Poliana Szernek, Renata Acosta, Luisa Meister, Ligia Tosetto, Lais Bahl, Jéssica Malucelli, Carolina Raboni e Camila Makarausky que fizeram dessa trajetória acadêmica também um caminho de crescimento pessoal e coletivo. Ao olhar pra vocês, vejo refletido em mim o amadurecimento de cada uma. Graças a vocês, levarei desse breve período um refúgio particular de incansável cumplicidade e afeto.

À Helena Castilho e Luisa Wierderkhr, essenciais na minha história, partes indissociáveis do meu ser e dos meus planos para o futuro.

A Deus, não poderia olhar a minha volta sem me sentir abençoada e grata.

RESUMO

A lei 12.015/09 foi responsável por diversas alterações no Título VI, do Código Penal, agora denominado “Crimes contra a dignidade sexual”. Partindo da análise do Código de 1940, se faz necessário o estudo da figura da violência presumida para adentrar no cerne dessa contenda, o novo tipo penal autônomo “estupro de vulnerável”, criado pelo art. 217-A. Observa-se que tanto na doutrina quanto na jurisprudência a vulnerabilidade dos menores de 14 anos é relativizada. O ponto nevrálgico do tema se insere nesse contexto, fruto do inquietante questionamento: qual o sujeito tutelado pelo tipo penal do art. 217-A? A análise da seletividade do Sistema Criminal Judicial para encontrar essa resposta partiu de três pontos principais: a idade, o gênero e critérios de cunho moralista.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Direito Penal. Dignidade sexual. Relativização. Seletividade. Gênero. Moral.

ABSTRACT

The law number 12.015/09 was responsible for many alterations at the Title VI, at the Penal Code, now named "Crimes against sexual dignity". Passing through of 1940's Code, it's necessary study the figure of granted violence to get in the middle of the object, the new penal type "rape of vulnerable person", created by article 217-A. Both doctrine and jurisprudence it has seen the relativacion of the vulnerability of underaged person. At this context, there is the principal point of this theme, made in a concerning question: who is protected by the penal type of article 217-A? To find that answer, the analysis of Judicial Criminal System selectivity start on three principals points: the age, the gender and moralists criterion.

Keywords: Rape of vulnerable person. Penal Law. Sexual dignity. Relative presumption. Selectivity. Gender. Moral.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	CÓDIGO PENAL DE 1940	4
2.1.	DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES	9
2.2.	EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL E A TUTELA AO MENOR DE 14 ANOS.	12
2.3.	PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS	14
2.3.1	Presunção de violência em razão da idade da vítima	17
3	LEI 12.015/09	255
3.1.	DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	299
3.2.	VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS	332
3.2.1	Estupro de vulnerável	35
3.2.1.1	Bem jurídico tutelado	35
3.2.1.2	Sujeitos ativo e passivo	36
3.2.1.3	Tipo objetivo	38
3.2.1.4	Tipo subjetivo: adequação típica	39
3.2.1.5	Qualificadoras	40
3.2.1.6	Consumação e tentativa	40
3.2.1.7	Ação penal	41
3.2.2	Estupro de vulnerável em razão da idade da vítima	42
3.2.3	Menoridade e consentimento	44
3.2.4	Menor prostituído	49
4	QUEM É A VÍTIMA TUTELADA PELO TIPO “ESTUPRO DE VULNERÁVEL”?	53
4.1.	VULNERABILIDADE PELA IDADE: CONTROLE DA SEXUALIDADE DOS ADOLESCENTES	54
4.2.	VULNERABILIDADE PELO GÊNERO: A ADOLESCENTE MULHER COMO VÍTIMA	60
4.3.	VULNERABILIDADE POR CRITÉRIOS MORAIS: A LÓGICA DA SELETIVIDADE À SUBLÓGICA DA HONESTIDADE	64
4.4.	A NECESSIDADE DO DIREITO PENAL MÍNIMO	69
5	CONCLUSÃO	77
	REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

A tutela da criança e do adolescente é dever trazido pela Constituição de 1988, sendo papel da família, da sociedade e do Estado garantir-lhes o normal desenvolvimento. Ocorre que o tratamento dado para a sexualidade desses sujeitos, parcela essencial deste desenvolvimento, parte não raro em relação a sua violência, não há ainda nenhuma medida que afirme ou reconheça seus direitos sexuais. De tal forma, a lei sempre exigiu um dever geral de abstenção no que tange às práticas sexuais de/com crianças e adolescentes.

Sob o art. 217-A, o Código Penal traz a figura do “estupro de vulnerável”, que consiste em “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”. A exposição de motivos do legislador afirma que se trata de objetividade fática, ou seja, a presunção de vulnerabilidade seria absoluta. Contudo, não é isso que se observa na jurisprudência e doutrina. A relativização da vulnerabilidade se dá em decorrência da seletividade do sistema criminal judicial. Para analisar como esse processo se opera, o foco do presente trabalho será a vítima menor de 14 anos e mulher.

Inicialmente, foi preciso fazer uma análise histórica para compreender em que contexto se inseria a proteção do menor de 14 anos contra a violência sexual, principalmente do gênero feminino. No primeiro capítulo, é realizado um estudo sobre o Código Penal de 1940, cujo contexto histórico era de participação ativa das mulheres no cotidiano, estudando em colégios laicos e mistos e trabalhando em oficinas, repartições. Longe da vigilância familiar, a “mulher moderna” passou a ser vista como um “perigo social”. A compreensão desse momento histórico é essencial para entender o movimento de tentativa de recondução das mulheres ao confinamento do espaço doméstico e a valorização da “virgindade física e moral”, “inexperiência”, recato e retidão moral. De forma a confirmar tal entendimento os crimes sexuais são tratados sob o título “Crimes contra os Costumes”, o que, para muitos autores, reafirma que o bem jurídico tutelado é a moral. Esse apanhado histórico é interessante para se demonstrar que a proteção não recaia sobre o indivíduo menor de 14 anos e sim sobre a *mulher* menor de 14 anos para tutelar os costumes e a moral.

Após compreender a preocupação do legislador em salvaguardar a pureza das crianças (diga-se, meninas), traduzidas em sua virgindade moral e física,

adentramos mais especificamente no tema, com a figura do estupro presumido. O art. 224, a, do Código Penal tipificava a prática de atos sexuais com menor de 14 anos, ou seja, antecessor do estupro de vulnerável. O estudo do revogado artigo partiu, primeiramente, de uma análise literal/gramatical, ou seja, buscamos os motivos do legislador ao criar a norma. A exposição de motivos pelo legislador é de que ocorre uma presunção de violência, em virtude da *innocentia consilli*, ou seja, completo desconhecimento dos assuntos referentes ao sexo, não podendo, assim, esses sujeitos consentir de forma válida. Após, através de pesquisa em livros, artigos e jurisprudência, vislumbramos o recorrente apelo para que o artigo fosse reformado, devido a evolução dos costumes com o conseqüente conflito da lei com a realidade social. A doutrina e muitos julgados eram no sentido de relativizar a presunção de violência, o que só foi sedimentado em 1996, pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica.

Assentado esse entendimento pela relativização da presunção de violência, é necessário retomar o assunto em virtude das mudanças trazidas pela Lei 12.015/09. A nova legislação reascende o debate ao criar um novo tipo penal autônomo, estupro de vulnerável. Para compreender o contexto em que isso acontece, fazemos uma análise social e política da época, com as contribuições internacionais e nacionais que deram status de sujeito de direito às crianças e adolescentes. Nesse ponto, frisamos a mudança de postura da sociedade e do legislador perante o crime de violência sexual, foco do presente trabalho, também presente na mudança do título VI da Parte Especial do Código Penal, tratando de “Crimes contra a dignidade sexual” e não mais contra os costumes. Agora o discurso é outro, em vez de mulher, fala-se em crianças e adolescentes; a proteção não se justifica mais pela *innocentia consilli* e sim pelo normal desenvolvimento sexual, sendo o bem jurídico tutelado a dignidade sexual.

Partindo-se dessa justificativa do legislador, é feita uma necessária análise quanto a relação entre (menor)idade e consentimento para as práticas sexuais, com o objetivo de entender se há relação entre um marco etário fictício e o real discernimento. Por fim, é estudado o menor prostituído, tendo vista que a compreensão dessa figura é necessária para a construção do conceito de “vulnerabilidade” trazido pelo legislador.

Assentadas essas premissas, no terceiro e último capítulo, a atenção volta-se para o tema principal do presente trabalho, com o fim de analisar quem é vista pelo

Direito Penal como vítima a ser tutelada pelo tipo estupro de vulnerável. Para tanto, o estudo foi segmentado em três partes essenciais: a idade, o gênero e os critérios morais. Quanto à idade, qual seja, menor de 14 anos, percebemos que para além da tutela garantida constitucionalmente, há um discurso velado de controle e repressão da sexualidade das crianças e adolescentes. Traçando uma linha tênue entre proteção e repressão. Quanto ao gênero, o recorte hermenêutico dado foi em relação à mulher, para compreender a questão é necessária um breve relato sobre a construção social do gênero no patriarcado. Um dos resultados da produção e reprodução dos simbolismo de gênero e da dominação masculina, é o estereótipo de que o homem é o criminoso e a mulher a vítima. Por último, analisamos o principal fator utilizado nos julgamentos para descaracterizar a vulnerabilidade das mulheres menores de 14 anos, os critérios morais ou moralistas, que também podem ser entendidos como uma extensão da questão de gênero. Analisamos em julgados e na doutrina que há no sistema penal a chamada “lógica da honestidade”, que estabelece uma divisória entre as mulheres consideradas honestas (do ponto de vista moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres desonestas (das quais a prostituta é o modelo radicalizado).

Essa seletividade do sistema judicial criminal demonstra mais uma faceta da crise de legitimidade do direito penal, na medida em que não apenas deixa de cumprir o papel de proteção da pessoa de forma igualitária, como também por ser responsável pela “vitimização secundária” da mulher, ao julgá-las por sua reputação sexual e vasculhar sua sexualidade como meio de prova da ocorrência ou não da violação do bem jurídico, a dignidade sexual. Tendo em vista a incompetência do Direito Penal, bem como seu papel de último recurso a ser utilizado para resolver as questões sociais, optamos por refletir a respeito das possibilidades de que devesse se evidenciar, nesse linha, um Direito Penal mínimo.

2 CÓDIGO PENAL DE 1940

O Código Penal de 1940 foi elaborado e aprovado no auge da Era Vargas, e durante a 2ª Guerra Mundial. É mister essa contextualização histórica para melhor compreender os motivos do legislador.

O governo de Getúlio Vargas norteou-se por uma modernização conservadora, como reflexo dos acontecimentos globais, quais sejam, industrialização, urbanização, difusão de novos meios de comunicação, cultura de consumo e de lazer. Diante da progressiva transformação da sociedade brasileira em “moderna e urbana”, tornou-se necessária uma nova ordem jurídico-penal, que pautar-se-ia na ideia de que as partes deviam se ajustar ao coletivo e que Estado devia ter um controle maior sobre a dinâmica social.¹ Desse modo, estava sendo criado o maior número possível de figuras penais e procedimentos judiciais, para que o Estado tivesse as melhores condições de reagir contra atos que porventura lograssem romper a paz, a ordem e a tranquilidade social. Tratava-se de um mecanismo de controle e de obediência, no qual a promessa de submissão garantiria o provimento ou a salvação da comunidade, do povo, dos eleitos.

Nesse sentido, Gizlene Neder afirma:

No período do Estado novo, esboçaram-se as incursões do Estado no que se refere à realização de políticas públicas na área de família e de educação. Ênfase especial passou a ser dada à ideia de ‘família regular, saudável’, suportada na eugenia, com desdobramento no racismo assimilacionista, que, por sua vez, apostava no branqueamento da sociedade brasileira.²

Como um dos efeitos negativos da modernização, a “excessiva liberdade da mulher moderna” representava um perigo à moral da época. A representação

¹ ROLIM, Rivail Carvalho. *Estado, sociedade e controle social no pensamento jurídico-penal no Governo Vargas- 1930/1945*. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 2 no.5, setembro-dezembro 2010, p. 69 - 88.

² NEDER, Gizlene; CERQUEIRA, Gisálio. *Família, poder e controle social: concepções sobre a família no Brasil na passagem à modernidade*. In: Ideias Jurídicas e autoridade na Família. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

unificada da mulher pela imagem unívoca de “a mulher moderna” era reproduzida no pensamento jurídico. Embora diante de mulheres com experiências múltiplas, diversas e variáveis, tratava todas as mulheres trabalhadoras, esclarecidas e independentes do período pós-guerra pelo mesmo estereótipo. Essas mulheres, ao saírem da presumida proteção de seus lares e dos olhares vigilantes da família e irem trabalhar ou frequentar os “modernos” colégios laicos e mistos, tornam-se um “perigo” social. Isso porque “ao se deixarem levar pela errônea ideia de sua emancipação, adotando condutas não merecedoras do respeito, estima e consideração do homem, representavam sério risco à desagregação das famílias e à desagregação dos costumes”.³

As moças modernas entraram de participar ativamente do vórtice da vida cotidiana, disseminando-se nas oficinas, nas repartições, nas lojas comerciais, e foram eliminando, pouco a pouco, aquela reserva feminina que constituía o seu maior fascínio e traduzia, ao mesmo passo, a força inibitória do apurado sentimento de pudor. Subtraíram-se à vigilâncias e disciplina familiares e fizeram-se precoces na ciência dos mistérios sexuais.⁴

A ameaça à ordem social pela participação ativa das mulheres no cotidiano deveria ser contida com a ajuda dos juristas da época. A “interpretação criativa” de conceitos como “honra” e “virgindade femininas” foi um dos caminhos definidos para deter a crise moral e domesticar as “perigosas” mulheres modernas. Dessa forma, os tipos penais buscavam “fazer com que os costumes daquela sociedade, ou seja, aquilo que naquela época era tido como moralmente correto, não fossem violados, como por exemplo: sexo antes do casamento; casar-se já estando a mulher deflorada ou então grávida, enfim eram aspectos não ligados à vontade da mulher ou se ela consentiu ou não para o ato, mas sim para as consequências morais que essa prática traria para sociedade”.⁵

³ CASTRO, Francisco Viveiros de. *Os delitos contra a honra da mulher*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932, p. 21.

⁴ HUNGRIA, Nelson. *Crimes sexuais*. Revista Forense. Rio de Janeiro: ed. Forense, n. 70, abr. 1937, p.220.

⁵ CORRÊA, Fabrício da Mata. *O casamento como causa extintiva de punibilidade para crimes de estupro*. Atualidades do Direito, 13.set.2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2012/09/13/o-casamento-como-causa-extintiva-de-punibilidade-para-os-crimes-de-estupro/>>. Acesso em 09/09/2014.

Dentre os crimes contra os costumes temos o “defloramento”, do antigo Código Penal, que passou a ser denominado “sedução”, conforme art. 217, do Código Penal de 1940. Nelson Hungria traz as características do aludido crime: “emprego de meios de sedução, com abuso da inexperiência ou justificável confiança da mulher; desvirginamento mediante conjunção carnal. Idade da ofendida entre 14 e 18 anos”.⁶ Dessa forma, a substituição do “defloramento” por “sedução”, ao invés de romper com a “cultura do hímen”, reafirmou-a e fortaleceu-a.⁷

Não poderia ser outro seu efeito, uma vez que além de manter a exigência da virgindade física anterior à evidência do crime de sedução, o elemento relativo aos precedentes “status virginitatis” da vítima, incluíram ainda a da “virgindade moral”, ou seja, a comprovação de “abuso de inexperiência ou justificável confiança da mulher”. Além disso, aprovou-se a ampliação de 12 para 14 anos, como idade credenciada para proteção da lei às vítimas de sedução.⁸

Dessa forma, o valor social da virgindade física das mulheres foi reafirmado, reiterado pela inclusão da “honestidade” da vítima, interpretada como “virgindade moral”, isto é, “inexperiência”, traduzida como recato, pureza, retidão moral. É possível observar que a sedução tinha como prova o precedente estado de “virgindade física” da vítima, ao lado de sua comprovada honestidade, “virgindade moral”. Diva do Couto Gontijo Muniz ressalta que os acusados de crime de sedução não eram analisados quanto a sua experiência na “ciência dos mistérios sexuais”, pois, afinal, cabia apenas às mulheres vítimas desse crime, a exigência de ser e se apresentar como honesta, de possuir “virgindade mora”, prova inquestionável de sua condição de seduzida, desobrigando o acusado de provar sua “inexperiência” como evidência de sua inocência.⁹

Para as mulheres, ser inexperiente significava ter uma conduta sancionada pelo poder masculino e patriarcal: recatada, vigiada, submissa, controlada, virtuosa,

⁶ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. Comentário ao Código Penal. 13ª ed. Rio de Janeiro : E. forense, 1956, p.187.

⁷ MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. Proteção pra quem? O código penal de 1940 e a produção da “virgindade moral”. jan-jul., 2005 Disponível em: <http://www.tanianavarroswain.com.br/labrys/labrys7/liberdade/muniz.htm>. Acesso em: 13/09/2013.

⁸ MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. Proteção pra quem? O código penal de 1940 e a produção da “virgindade moral”.

⁹ MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. Proteção pra quem? O código penal de 1940 e a produção da “virgindade moral”.

guiada pela moral e pelos bons costumes.¹⁰ Assim, a sedução foi nomeada com o crime contra os costumes, na medida em que se baseava na concepção moderna de “excitação sexual” e não mais na “promessa de casamento”. Isso porque o casamento era tido como um solo promissor da domesticação das mulheres.¹¹ É interessante observar a mudança do tratamento da sexualidade da mulher, quando ela passa a ser casada. Autores como Nelson Hungria, Heleno C. Fragoso, Bento Faria, Galdino Siqueira, E. Magalhaes Noronha, Viveiros de Castro, Chrysolito de Gusmão e Paulo José da Costa Jr. alegavam, de um modo geral, que as relações sexuais são obrigações recíprocas e que a mulher não pode se negar (exceto em casos específicos) à prática de conjunção carnal. Entendem, também, que é lícita a violência por parte do marido para forçar a esposa a manter relação sexual, pois, trata-se, no caso, de exercício regular de direito. Os entendimentos de alguns doutrinadores, quando analisados hoje, são desconfortantes.¹²

O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula intra matrimonium é recíproco dever dos cônjuges. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (...), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito.¹³

O doutrinador Nelson Hungria é do mesmo entendimento:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido.¹⁴

¹⁰ MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. *Proteção pra quem? O código penal de 1940 e a produção da “virgindade moral”*.

¹¹ MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. *Proteção pra quem? O código penal de 1940 e a produção da “virgindade moral”*.

¹² FIGUEIRA, Luiz Eduardo de V. *Violência sexual legitimada*. Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade, ano 3, v. 5/6, Rio de Janeiro : Instituto Carioca de Criminologia Freitas de Barros, p. 65-75, 1º e 2º semestres, 1998, p.68.

¹³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 3. São Paulo, Saraiva, 1992, p. 103.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 8. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1947, p. 115-116.

Salta aos olhos a maneira como a mulher é coisificada, sendo seu órgão sexual visto como uma propriedade, que se transfere do controle familiar para o controle e uso do marido. E, do mesmo modo que o possuidor do imóvel, turbado ou esbulhado poderá legalmente utilizar-se de violência para manter ou restituir a posse, também o marido impedido do exercício de uso (sexual) de sua propriedade (a esposa enquanto objeto sexual), de forma ilegítima (dada a obrigatoriedade recíproca das relações sexuais), pode utilizar-se de violência para garantir a manutenção da posse. A violência utilizada, além de ser uma forma de satisfazer seu desejo sexual, também é um meio de confirmar a autoridade patriarcal do marido na relação conjugal.¹⁵

Quanto ao estupro, ainda que ocorrido fora do casamento, tratava-se de figura atrelada à dogmática jurídica, em que o papel da mulher era sempre secundário e submisso ao homem. Para Luiz Lenio Streck, duas questões podem ser apontadas nessa discussão:

a primeira diz respeito ao fato de a doutrina e a jurisprudência ainda permanecerem reféns de um imaginário que nega (ainda que implicitamente a partir de um discurso que escamoteia a problemática) à mulher a possibilidade de dispor de seu próprio corpo [...]. Em segundo lugar, “há que se examinar o problema que exsurge do modus interpretativo próprio do sentido comum teórico dos juristas. Com efeito, de um lado está sedimentado que “a palavra da vítima nos delitos de estupro é de fundamental importância”, de outro, como subespécie desse prêt-à-porter, tem-se “a palavra da vítima deve ser convincente” para a comprovação do delito. É como se o Estado dissesse à mulher estuprada: você tem o direito de se queixar da violência sofrida, entretanto, a menor contradição será utilizada contra você.”¹⁶

Em decorrência desse movimento de contenção e recondução das mulheres ao confinamento do espaço doméstico, as mudanças mais contundentes acerca da lei penal de 1940 referem-se à família e aos direitos sexuais. A família continuou como instituição patriarcal, na qual o marido continuou na posição de “chefe do casal” e a esposa como “incapaz” para fins de representação jurídica. Quanto aos delitos sexuais, foram separados em duas categorias diferentes: crimes contra a

¹⁵ FIGUEIRA, Luiz Eduardo de V. *Violência sexual legitimada*, p. 68.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O senso comum teórico e violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em Terra Brasilis*. Revista Brasileira de Direito de Família – Porto Alegre : Síntese, IBDFAM, v. 4, n.16, jan/fev./mar., 2003, p.152.

família e contra os costumes. A honra da família desaparecia do texto do código, no entendimento de que as violências sexuais constituíram ofensas contra os costumes sociais e não mais contra a família, desatrelando a associação existente no código de 1890 entre “honestidade” sexual das esposas/filhas e a honra dos maridos/pais/família. Desse modo, adultério, bigamia, fraude matrimonial e abandono dos filhos foram compreendidos como crimes contra a família, enquanto estupro, sedução, rapto e atentado ao pudor, como crimes contra os costumes sociais.¹⁷

2.1. DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

A opção política pela valorização da família, das relações sexuais e de procriação legítimas para o Estado fez com que os comportamentos fora dos padrões morais (políticos) fossem criminalizados. O tratamento dado para os crimes sexuais enquadrava-se sob a nomenclatura de “Crimes contra os Costumes”. Utilizando-se da expressão “costumes”, foi incorporada pelo Código Penal certa compreensão e distinção sobre a sexualidade que desenhou o modelo de controle sobre e para o sexo criminalizado.

Talvez nenhuma outra terminologia para a criminalização da violência sexual seja tão pertinente a seu tempo quanto a inquietante expressão “costumes”. Afinal, diante de uma sociedade que faz do fortalecimento das cantigas morais um instrumento de poder do Estado, a sexualidade convertida em tema científico, político, demográfico, criminológico, médico e jurídico-penal se perfaz no costume. [...]

Trata-se dos bons costumes de uma sociedade forte que repudia o diferente como uma condição de existência. O diferente passou a ser abrigado pelo signo do crime, da doença, da perversão ou da degeneração, um perigo para a sociedade, pois sua existência é uma afronta aos valores e costumes sociais comuns a todo corpo populacional. O crime sexual ganha sentido de atentado contra a força social que une e produz um corpo coletivo forte e estável, responsável por cuidar da vida humana.¹⁸

¹⁷ CAULFIELD, Sueann. *Que virgindade é essa? A mulher moderna e a reforma do código penal no Rio de Janeiro, 1918 a 1940*. In Acervo: Revista do Arquivo Nacional. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, v. 9, n1-2, jan/dez 1996, p. 167.

¹⁸ SILVA, Luana de Carvalho. *Carne e culpa*. 2012. 275 folhas. Tese (Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012, p. 82-83

Dessa forma, a palavra “costumes” traz em seu significado a moral, que é, para Heleno Fragoso, em última análise, o bem jurídico penalmente tutelado.¹⁹ Nelson Hungria relacionava o significado do termo utilizado com a moral ditada pela sociedade:

O vocábulo ‘costumes’ é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em tornos dos fatos sexuais.²⁰

Para Nelson Hungria, o que se pretendia proteger não eram os costumes, mas um mínimo ético ligado aos comportamentos sexuais. Afirmava que a tutela do direito penal era no sentido de incriminar aqueles que, por sua gravidade, afetavam a disciplina, utilidade e conveniência sociais.

No Estado agnóstico, porém, o apoio jurídico penal à moral sexual limita-se a reprimir os fatos que, sobre fugirem à normalidade do intercurso dos sexos, importam lesão de positivos interesses do indivíduo, da família e da comunhão civil, como sejam o pudor a liberdade sexual, a honra sexual, a regularidade da vida sexual familiar-social, a moral pública sob o ponto de vista sexual. De todos estes meios de adaptação do amor sexual ao ritmo da vida social, **ressai o pudor**, que se pode dizer a essência dos demais, **constituindo o principal objeto de proteção das normas jurídicas relativas à atividade genésica.**²¹ [grifo nosso].

O doutrinador segue ponderando que a norma central do código da dignidade humana em relação às funções sexuais, ética sexual, tem seu germe na moral. Relata que há, em sua contemporaneidade (anos 50), uma “frouxidão púdica”, a qual é responsável pelo aumento das “infelicidades sexuais”.

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. Vol. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 1.

²⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*, 1956, p. 103-104.

²¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*, 1947, p. 70.

Desgraçadamente, porém, nos dias que correm, verifica-se uma espécie de crise do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor [...]. Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e charme. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais tropical, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de freta, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e *boutades* picantes, quando não chegam a ter iniciativa delas [...].²²

Já Heleno Fragoso considerava injustificável a repressão penal de comportamentos tidos como imorais e que a incriminação de tais fatos seria responsável por efetivo dano social. Defendia que “as disposições de nosso CP nessa matéria são extremamente repressivas e representativas de uma mentalidade conservadora, incompatível com os tempos modernos”.²³

A lei penal, contudo, não interfere nas relações sexuais normais dos indivíduos, mas reprime as condutas anormais consideradas graves que afetem a moral média da sociedade, esclarece Fernando Capez.²⁴ A discussão que tal afirmação pode trazer é sobre a legitimidade do direito tutelar o moral ou o legal.

Guilherme de Souza Nucci afirma que não é papel do Código Penal policiar os hábitos sexuais que “os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender o direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados”.²⁵ A posição adotada por Nucci respalda-se nos princípios constitucionais, de forma que a tutela do legislador deve ter como objeto a dignidade da pessoa humana, que está vinculada à liberdade ao próprio corpo. Rogério Greco conclui que “embora não se possa descartar totalmente os costumes, podemos reinterpretar tal expressão de acordo com os ditames da Constituição Federal, tendo como foco central do nosso raciocínio a dignidade da pessoa humana”.²⁶

²² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*, 1947, p. 84-85.

²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*, 2., p.3.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, vol. 3: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.1.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 641.

²⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial, vol 3*. 6. ed. Niterói- Impetus, 2009, p. 464.

2.2. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL E A TUTELA AO MENOR DE 14 ANOS.

A promulgação de um novo código deu-se, visivelmente, centrada na moralização dos costumes, tendo em vista a “crise moral” decorrente da modernização. Entretanto, não é novidade a tipificação como crime da prática de ato libidinoso ou conjunção carnal com menor de idade. Todos os Códigos Penais, desde o de 1839 até o presente, trouxeram esse dispositivo. As mudanças que o legislador do Código de 1940 traz são duas. A primeira foi em relação à idade do menor para a existência de presunção de violência, que passou de dezesseis para quatorze anos. A segunda foi a ampliação do rol dos casos em que se presume a violência, abrangendo a vítima alienada ou débil mental e também aquela que não pode oferecer resistência por qualquer outra causa.

O item nº 70 da “Exposição de Motivos da parte Especial do Código Penal” dispõe:

Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (art. 224), quando a vítima: a) não é maior de 14 anos; b) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não, pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais.

O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica, bastante exta, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem.

Extrai-se do trecho a necessidade de adequação da disposição da norma com a realidade da época. Isso porque a presunção de violência em razão da idade da

vítima fundamenta-se na inocência no que se refere às práticas sexuais, não sendo mais plausível considerar que pessoa menor de 16 (dezesseis) anos seja absolutamente ingênua em relação ao sexo. O discurso oficial expõe que o motivo pela escolha do legislador em determinar que a pessoa menor de 14 anos, não importando o sexo, se feminino ou masculino, deve receber atenção especial do Estado no que se refere à sexualidade, decorre da *innocetia consilli*. Esclarece que por sua *innocentia consilli*, desconhecimento completo dos assuntos referentes ao sexo, os menores de 14 anos não podem consentir de forma válida. Haveria nessas pessoas imaturidade natural, que as transformava em presas fáceis para aqueles que com elas quisessem praticar qualquer ato sexual.²⁷ Nesse diapasão, o questionamento latente é se a idade não poderia ter seu limite ainda mais baixo, aproximando-se mais da realidade contemporânea.

Magalhães Noronha explica o fundamento do legislador:

Tomou o legislador como base completa insciência dos fatos sexuais e a impossibilidade de consideração quanto aos efeitos por ele produzidos. Considerou que abaixo desse limite não é dado ao agente valer-se da aquiescência do menor, tido como incapaz de querer, impossibilitado de livre aceitação desse ato que desconhece e, assim, pelo inciso em pareço, a lei pune o agente, tendo em vista não poder ele ignorar ser o menor protegido no pudor e nos costumes e que, pela própria impossibilidade de eficazmente se defender, a ação criminosa ele avulta no caráter anti-social do objeto.²⁸

Nesse sentido, uma vez que o direito penal coroa um sistema em que a liberdade sexual está assentada na disposição do consentimento, e o menor não tem capacidade para expressá-lo de forma válida, a violência seria presumida²⁹ e exigiria especial tutela do Estado.

Contudo, é possível extrair do discurso oficial, que a *innocentia consilli* traz a reafirmação de valores sociais, interpretada significativamente como “virgindade moral”³⁰, isto é, “inexperiência” traduzida como recato, pureza, retidão moral. A reprimenda dada pelo legislador, em que pese o disposto na exposição de motivos,

²⁷ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, vol 3, p. 550.

²⁸ NORONHA, E. Magalhaes. *Direito Penal*. v. 3. ed. 23. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 182.

²⁹ Nota-se que a expressão “violência presumida” só faz sentido quando relacionada ao Código Penal de 1940.

³⁰ MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. *Proteção pra quem? O Código Penal de 1940 e a produção da “virgindade moral”*.

para além da proteção dos menores, fundava-se na manutenção da ordem patriarcal e familiar, a não desestabilizar os costumes sociais e a manter a dominação masculina. Isso porque a “completa insciência aos fatos sexuais” não impedia a realização e até incentivo do matrimônio com menores de 14 anos, mesmo tendo como decorrência a sujeição à obrigação sexual, que não se relaciona à sexualidade ou ao sexo, mas ao “uso sexual exclusivo do marido”.

O tratamento dado ao matrimônio enfatiza o objetivo do legislador de controlar a “crise moral”, uma vez que o art. 107, VIII dispunha³¹ como causa de extinção de punibilidade do crime de estupro “casamento da ofendida com terceiro”. Ressalta-se que tal disposição estava em sintonia com o contexto histórico de elaboração do Código, qual seja, de uma sociedade em que a mulher era pouco mais que um objeto de propriedade do pai ou do marido, em que sua vontade, principalmente a sexual, não era levada em conta.

Tal espécie extintiva de punibilidade era o reflexo perfeito do modelo patriarcal que imperava na época. O legislador, no seu entender, havia encontrado uma maneira perfeita do agente agressor minimizar as sequelas (leiam-se **MORAIS**) produzidas por sua conduta. Muitos foram os casamentos que se originaram por meio desse instituto, (...)

Beira ao absurdo imaginar que num caso de violência sexual, onde um homem tenha constrangido uma mulher a ter com ele relação sexual, a melhor solução que se encontra é casar justamente o agressor com a vítima. Volta-se a chamar a atenção para o fato que de pouco importava a vontade da mulher, mas tão somente sua reputação, até como de mulher honesta frente à sociedade.³²

Diante do tratamento dado pelo Código Penal, é possível afirmar que a preocupação do legislador voltava-se mais à preservação dos costumes do que à liberdade ou dignidade das pessoas. Não à toa, o crime em questão estava sob o título “Crimes contra os costumes”.

2.3. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

Na redação original do Código Penal de 1940, o art. 224 estipulava os casos de violência presumida, também denominada de indutiva e ficta. “O Código presume

³¹ Revogado pela lei 11.106/05.

³² CORRÊA, Fabrício da Mata. *O casamento como causa extintiva de punibilidade para crimes de estupro*.

ou finge a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido”³³. Fernando Capez afirma que a presunção de violência difere-se da violência real, pois esta abrange efetiva coação física ou moral, enquanto a presunção se dá em circunstância em que a vítima não tem capacidade para consentir validamente ou não tem capacidade de resistência.³⁴

Três casos são albergados pela norma como violência presumida: quando o ofendido é menor de quatorze anos, é alienado ou débil mental, e quando não pode por qualquer outra causa oferecer resistência ao agente. Magalhães Noronha explica que “nos dois primeiros casos supõe-se a violência pela falta de consentimento válido; tem-se em vista a incapacidade de consentir do sujeito passivo. No último, é a incapacidade de resistência de fato o fundamento da presunção”.³⁵

Nelson Hungria ressalta que no último caso albergado pelo artigo 224, “não se achando a vítima em transitório estado de inconsciência, o seu consentimento é relevante; enquanto nos dois primeiros é irrelevante até mesmo a inciativa ou provocação da vítima para o ato sexual”.³⁶ Dessa forma, extrai-se que nesses casos o Código Penal despreza o consentimento para o ato sexual, “uma vez que entende que, em virtude de sua particular condição, não possui a necessária capacidade para consentir, seja por não ter maturidade suficiente para entender as coisas do sexo, ou mesmo por então compreender o que pratica”.³⁷

Manzini, citado por Nelson Hungria, afirma que não há que se falar em presunção de violência, “pois o que ocorre é que a lei impõe um dever absoluto de abstenção de relações sexuais com certas pessoas (impúberes, dementes) que ela particularmente protege, considerando-as carnalmente invioláveis, ainda quando conscientes”.³⁸ ³⁹ Nelson Hungria⁴⁰ discorda de tal posicionamento, asseverando que

³³ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes. *Comentários ao Código Penal*, 1947, p.221.

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, vol. 3, p. 59.

³⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito penal*, vol. 3, 1998, p. 184.

³⁶ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes. *Comentários ao Código Penal*, 1947, p.222

³⁷ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 3, 2009, p. 549.

³⁸ MANZINI, Vincenzo. *Diritto penale italiano*. Milano, Torino: Fratelli Bocco Editori, 1915. Apud. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1947, p. 222.

³⁹ Nesse sentido, temos a decisão do Superior Tribunal de Justiça – “PENAL. HABEAS CORPUS (EC Nº22/99). ESTURPO PRESUMIDO, ART. 224, “A”, CP. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. I – No estupro ficto, a norma impõe um dever geral de abstenção da prática de conjunção carnal com as jovens que não sejam maiores de 14 anos. II- O consentimento da vítima, no caso, não tem relevância jurídico-penal (Precedentes do STF e STJ). (HC 17642/GO;

a violência é a coação exercida para vencer uma oposição ou resistência. Portanto, faltando a capacidade de consentimento ou de manifestação de vontade contrária por parte da vítima, não há resistência a vencer, não podendo, assim, existir violência real ou no sentido natural.

O argumento fundante da indução de violência foi o de que “*qui vele non potuit, ergo noluit*”, ou seja, quem não podia consentir, dissentiu. Esse pensamento levava a conclusão de que se os impúberes ou dementes não podem consentir, dever-se-ia entender que dissentiram, e assim, o abuso sexual contra eles praticado teria caráter violento. Nelson Hungria afirma que esse raciocínio é sofisticado, e que:

[...] fora do ponto de vista jurídico, não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou consentir. Nem sempre estão impossibilitados de manifestar sua vontade ou consentimento, embora não lhes possa dar valor jurídico. Como quer que seja, porém, o estado de indiferença ou a ausência de consentimento válido podem ser assimilados à falta de consentimento, justificando a presunção de violência.⁴¹

O autor conclui afirmando que há uma aproximação grande entre a presunção de violência e a violência real, sendo diferenciadas somente formalmente:

Em suma, não há despropósito algum em que se presuma a violência (não obstante o sofisma do *vele non potuit, ergo noluit*) quando falte, na vítima, a capacidade de manifestação da vontade, ou pelo menos, de consentir validamente. No caso de impossibilidade de resistência (notadamente quando o agente, sabedor da vontade contrária da vítima, preordena o seu estado de inconsciência), pode dizer-se que a presunção de violência corresponde muito proximamente à realidade: quebrar uma resistência ou abusar da impossibilidade de resistência são atos que só formalmente se diferenciam.⁴²

Para Luiz Flávio Gomes, as diferenças não são só formais:

(...) uma coisa é empregar a violência ou a grave ameaça para aniquilar a resistência da vítima, outra bem diferente consiste em abusar da impossibilidade de resistência por causa da idade, de debilidade mental duradoura ou passageira, estado de inconsciência, etc. um fenômeno,

⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1947, p. 223.

⁴¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1947, p. 223.

⁴² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1947, p. 224.

portanto, é a agressão sexual (aqui há dissenso expresso, claro e inequívoco da vítima), outro bem diferente é o abuso sexual, em que o agente se aproveita da incapacidade de resistência da vítima.⁴³

Luiz Flávio Gomes entende que nos casos em que ocorre abuso de vítima impossibilitada de oferecer resistência não ocorre efetiva agressão sexual, pela ausência do requisito típico consistente na violência. A presunção de violência prevista no art. 224, do Código Penal objetiva assegurar a tipicidade penal quando a conduta nos crimes sexuais é abusiva e não violenta, tendo como finalidade evitar o vácuo da tipicidade.

No mesmo sentido, Francesco Carrara combateu firmemente a teoria da equiparação ou da presunção de violência, asseverando que há uma grande distinção entre o dano causado pelo agente que vence a resistência da vítima e o malefício provocado quando o autor apenas ilude pessoa inexperiente ou débil mental. Para melhor ilustrar, o autor exemplificou indagando o motivo pelo qual se presume a violência em relação ao estupro e não se reconhece a mesma presunção também no furto, ou seja, porque não se considera como furto violento (roubo) quando é praticado contra vítima menor ou demente.⁴⁴

Quanto ao objetivo do instituto da presunção de violência, Rogério Greco afirma que é o de “proteger a vítima em virtude das suas limitações temporárias ou permanentes, dos possíveis ataques à sua indenidade sexual, preservando-se a sua dignidade como pessoa”.⁴⁵ Sendo que a indenidade sexual:

[...] é um conceito que se utiliza para abarcar as hipóteses nas quais a vítima não goza de liberdade sexual, seja momentânea, seja por um espaço de tempo mais ou menos permanente. [...] e se alguém mantivesse relações desta índole com a pessoa que se encontra nessa situação, atacaria sua indenidade sexual. E se entende por tal o direito que todo ser humano tem a manter incólume sua dignidade humana frente a consideração de seu corpo como mero objeto de desejo sexual.⁴⁶

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n.15, 1996, p. 18.

⁴⁴ CARRARA, Francesco, apud. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 4, p. 40.

⁴⁵ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, v.3, 2009, p. 550.

⁴⁶ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*. Valência: Tirant lo blanch, 2003, p.156.

2.3.1. Presunção de violência em razão da idade da vítima

O presente trabalho tem como objeto de estudo a hipótese do fator etário como razão do vício no consentimento. A fixação de um limite de idade, como critério escolhido pelos membros da comissão revisora, está de acordo com outras legislações, embora esse limite varie. O Código italiano passado adotou o de doze anos e o atual, quatorze. A lei espanhola e a argentina presumem a violência quando a vítima for menor de doze anos.⁴⁷ No Brasil, a expressão adotada é “vítima não maior de 14 anos”:

A data limite para que se leve a efeito o raciocínio relativo à presunção de violência é de 14 anos completos. Assim, no primeiro minuto do dia em que a vítima completa 14 anos de idade, cessa a presunção de violência por essa causa, passando o Direito penal a reconhecer o seu consentimento.⁴⁸

Magalhães Noronha afirma a fixação de idade certa para a presunção nem sempre estará de acordo com o desenvolvimento do indivíduo, que varia de pessoa para pessoa, consoante os valores étnicos, mesológicos, etc.⁴⁹ O autor afirma que o fundamento da presunção como caráter absoluto é a *innocentia consilii* do ofendido:

Nossa lei disse expressamente que se trata de presunção de violência e a Exposição de Motivos acrescenta ter sido fundamento *innocentia consilii* da vítima. É a impossibilidade de compreender o menor em toda a extensão o ato a eu é levado a praticar. Faltam-lhe madureza fisiológica e capacidade psico-ética para ter alcance, para estimular com precisão o ato violador dos bons costumes, donde consequentemente pelo e livre, e donde consequentemente a presunção de violência.⁵⁰

A seguir, o próprio autor coloca em questionamento a afirmação acima: “Será sempre exato que o menor de quatorze anos não atingiu ainda satisfatório desenvolvimento físico e não tem idoneidade psicoética para apreciar as regras atinentes à vida sexual?”

⁴⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v.3, 1998, p. 182.

⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 3, 2009, p. 551.

⁴⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v.3, 1998, p. 182.

⁵⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v.3, 1998, p. 192.

A resposta a essa pergunta é negativa para a maior parte da doutrina e jurisprudência. Dentre os argumentos que embasam a relatividade da presunção de violência temos o *elemento histórico* trazido por Magalhães Noronha, afirmando que se fosse o intuito do legislador estabelecer uma presunção absoluta, o teria dito de maneira positiva. Porém não só deixou de fazê-lo, como também abandonou o Projeto Alcântara Machado e a “Nova redação”⁵¹, que consideravam como absoluta a presunção de violência, admitindo duas exceções. Nos projetos dispunha-se “Presumir-se-á violência, **não se admitindo prova em contrário**, quando a vítima de qualquer dos crimes definidos nos dois capítulos precedentes: I – for menor de dezesseis anos [...]” [grifo nosso].

Confrontando esses dispositivos com os do Código, vemos que o legislador tomou apenas um deles, - quando o agente não conhecia o estado da vítima – que era uma exceção, para encaixá-lo no dispositivo da alínea b do art. 224 e no mais os abandonou. Não repetiu a fórmula – não se admitindo prova em contrário – que impunha o caráter absoluto à presunção.⁵²

Os defensores da relativização da presunção de inocência afirmam também que “o Código não transige, em caso algum, com a responsabilidade objetiva. “*Nulla poena sine culpa*”.⁵³ Para Fernando Capez:

Entendemos que a presunção não pode ser absoluta, sob pena de adoção indevida da responsabilidade objetiva. O dispositivo em questão tem como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima despeito de não ter completado ainda 14 anos, apresenta evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não há porque impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades.⁵⁴

Fernando Capez entende que a presunção da letra “a” não pode ser absoluta, “sob pena de adoção indevida da responsabilidade objetiva”. A relatividade se dá

⁵¹ Nelson Hungria, na qualidade de membro da Comissão Revisora, dá o testemunho de que a supressão da cláusula “não se admitindo prova em contrário” foi propositada. In: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1947, p. 226.

⁵² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v.3, p. 62.

⁵³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v.3, 1998, p. 192.

⁵⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v.3, 1998, p. 192.

pela errônea suposição por parte do agente, a presunção seria quebrada por circunstâncias específicas do caso, como o desenvolvimento físico e psicológico prematuro da moça e o fato de ela já possuir razoável experiência sexual. “Suponhamos que um rapaz de 18 anos, o qual namora uma menina de 12 há um ano, e com ela mantém conjunção carnal consentida. Se a garota tiver um desenvolvimento bem mais adiantado do que sugere sua idade, e se ficar demonstrado seu alto nível de discernimento, incomum para sua fase de vida, não há porque considerar o autor responsável por estupro, já que a presunção foi quebrada por circunstâncias específicas do caso”. **Essa hipótese de caráter relativo da presunção não se confunde com a de erro de tipo**, em que o agente desconhece a idade da vítima, ignorando, assim, a existência da elementar da violência presumida. “(...) o agente não sabia, nem tinha como saber que mantinha conjunção carnal com uma menor, pois ela estava em um local [casa noturna] onde só ingressam maiores, apresentou documento falso e tinha físico de adulto”.⁵⁵ Nesse último caso resta configurado o erro de tipo essencial, excluindo o dolo e tornando o fato atípico, diante da ausência de previsão legal.

No mesmo sentido, Rogério Greco afirma que há pessoas que demonstram ter uma idade muito superior àquela que efetivamente possuem, “assim, se o agente **imaginando** que a vítima tinha, pelo menos, 16 anos de idade, manteve com ela conjunção carnal. Nesse caso, poderia ser alegado erro de tipo, afastando a presunção de violência [...]”.⁵⁶ (grifo nosso)

Magalhães Noronha é mais enfático, esclarecendo que “se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de quatorze anos, não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé”.⁵⁷

Rebatendo diretamente a afirmação trazida acima, Nelson Hungria refuta a hipótese de exclusão da culpabilidade pela errônea suposição do agente que a menor, por seu precoce desenvolvimento físico, conta mais de quatorze anos:

Não é, porém, de aceitar a opinião de NORONHA, no sentido de que a presunção da letra a pode ser excluída pela errônea suposição por parte do agente (de ter a vítima idade superior a 14 anos) provocada pelo precoce desenvolvimento da vítima. Se nem mesmo a ciência pode fornecer dados

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v.3, p. 62.

⁵⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, 2009, p. 552.

⁵⁷ MAGALHÃES, Noronha E. *Direito Penal*, v.3, p. 195.

positivos ou seguros para o cálculo da idade em certos períodos, e se é de experiência comum que nada mais enganoso que a avaliação da idade pela aparência da pessoa, a suposição do agente não pode deixar de ser lastreada pela dúvida (...). Ora, quem age na dúvida, age por sua conta e risco (...). Somente circunstâncias capazes de gerar fundada e séria convicção (embora não correspondente à realidade) por parte do agente podem ser atendidas. Exemplos: uma certidão falsa de nascimento, aumentando a idade da ofendida, e por esta exibida ao agente; o fato de ser a vítima uma prostituta de porta aberta.⁵⁸

Como é possível observar na última hipótese de relativização acima trazida por Nelson Hungria, os doutrinadores da época também relativizavam a presunção de violência nos casos das prostitutas ou de “meninas corrompidas”, menores de quatorze anos. Demonstrando, mais uma vez, o cunho machista e de proteção à moralidade, e não à mulher. Termos como “desventurada”, “despudorada”, “sem moral”, “corrompida”, “corrupção notória”, “namoradeira”, “leviana”, “fácil”, “com liberdade de costumes”, “devassa”⁵⁹ enfatizam a proteção dos costumes pelo Código Penal e a conseqüente tentativa dos advogados de defesa em tentar transformar a vítima em culpada, valendo-se de adjetivações de cunho moralista e preconceituoso.

Magalhães Noronha responde a sua própria pergunta “Essas menores, meretrizes de porta aberta, deverão ter a seu favor a presunção de *innocentia consilii*?”:

Para essas desventuradas já não existe mistério algum no ato sexual. Como se falar em incapacidade de apreciação de um ato em quem habitualmente, cotidianamente o pratica? Conhecem-no muito mais que qualquer jovem de dezoito anos, praticam-no revelando a experiência das personagens das decorações fesceninas das alcovas de Tibério... Sabem das conseqüências todas que ele traz; não ignoram como se livrar do produto da concepção e

⁵⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1937, p. 228.

⁵⁹ Jurisprudência: não se caracteriza o crime, por essa razão, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual (RT713/380, 666/335, 564/378, 542/322, 430/319); já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos (RT714/343, 481/403); é despudorada e sem moral (RT 436/325, 695/355); é corrompida (RT433/376, 557/322, 647/278), apresenta péssimo comportamento (RT534/344). No STF se decidiu pelo afastamento da presunção de violência em caso de vítima menor que já mantivera relações sexuais com outras pessoas e que acedeu ao pedido do agente porque “pintou vontade”(HC 73.662-MG, Informativo STF, 12-6-96,n.34). Por outro lado, persiste que o crime ainda quando a menor não é mais virgem (RT 541/365), ou apresenta liberdade de costumes (RT444/296), considerando-se que a presunção só é afastada quando se trata de menor “prostituta de porta aberta” ou de corrupção notória (RT 407/102, 464/423, 506/335). Para além dessa relatividade apresentada pela doutrina, há outra vertente que entende que a presunção de violência é absoluta, sendo irrelevante o consentimento da vítima e a experiência sexual (HC 81.268-DF, RHC 80.613-SP, HC 79.788-MG, HC 76.246-MG, REsp 4020039-CE, REsp 213.291-SP). Em: JESUS, Damásio E. de, *Código Penal anotado* – 17. Ed. Atual. São Paulo : Saraiva, 2005.

são peritas em evitá-lo. Em condições tais, poder-se-á falar em *innocentia consilii*?⁶⁰

Mirabete afirma que:

Não se caracteriza o crime, por essa razão, quando a menor de 14 anos é destinada à prostituição em logradouros públicos [...], não tem vida recatada [...]; se mostra experiente em matéria sexual [...], já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos [...]; é despudorada e sem moral [...]; é corrompida [...], apresenta péssimo comportamento[...]. No STF se decidiu pelo afastamento da presunção de violência em caso de vítima menor que já mantivera relações sexuais com outras pessoas e que cedeu ao pedido do agente porque ‘pintou vontade’ [...]. Desaparece a presunção quando a menor aparenta ser maior de 14 nos pelo seu precoce desenvolvimento físico [...], ou quando o agente é informado pela vítima que tem mais de 14 anos e tal circunstancia não é verdadeira.⁶¹

Celso Delmanto⁶², para além de reconhecer a relativização da presunção de violência como a mais equilibrada, afirma que não é suficiente. Para este autor, a absolvição do acusado o deixaria livre para, inclusive, reincidir na prática com a mesma menor, “legitimando” a prostituição infantil. Alega também que tal orientação jurisprudencial dá tratamento desigual à criança que “por imposição de seu destino foi obrigada a vivenciar um contexto não condizente com a sua faixa etária” e àquela que por sorte encontra-se “inserida no seio familiar, que frequenta regularmente a escola, que recebe e assimila regras de conduta e moral”.⁶³ Delmanto ressalta, ainda, que o Código Penal não pode deixar de tutelar os menores de 14 anos. A solução trazida pelo autor seria a urgente reforma de todos os crimes sexuais previstos no CP.

Seria mister que a lei brasileira apenasse a cópula, o coito anal e os atos sexuais relevantes praticados com violência ou grave ameaça, agravando-os no caso da vítima ser menor de 14 anos, desde que o agente tenha ciência de sua idade. E, ao mesmo tempo, punisse com pena menor, embora severa, os mesmos atos praticados com menor de 14 anos, ainda

⁶⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v. 3, 1998, p. 193.

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234 do CP*. V. 2. Ed. ver. e atual. até novembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003, p. 450-451.

⁶² DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal comentado*. 7ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 604.

⁶³ FAVARETTO, Ivete M. Ribeiro. *Violência presumida*, in Boletim IBCCr, n. 50, janeiro de 1997, caderno Jurisprudência, p. 175.

que sem violência ou grave ameaça, desde que igualmente ciente o agente dessa circunstância.⁶⁴

A necessidade de reforma do art. 244, do Código Penal, é abordada frequentemente por outros doutrinadores. Isso porque “a evolução dos costumes tem-se processado com bastante rapidez, de modo que a moça de hoje não é mais a ignorante, crédula e inocente de trinta anos atrás”.⁶⁵ Nesse sentido, Régis Prado alerta sobre o risco do conflito da lei com a realidade social:

Decorridos mais de cinquenta anos, é mister que se faça um novo questionamento. Destarte, sob pena de conflitarem lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética [...].⁶⁶

Para finalizar o tema da relativização da presunção de violência nos crimes sexuais, é necessário trazer o entendimento jurisprudencial dado à matéria. As decisões que relativizavam a presunção de violência eram mais frequentes nos tribunais inferiores, o STF continuava seguindo o entendimento de que teria caráter absoluto.

Em 21 de maio de 1996, em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 73.662-9, passou a aceitar a presunção de violência presumida como relativa, quando a vítima for menor de quatorze anos. O caso em questão envolvia vítima menor de quatorze anos, que já havia iniciado sua vida sexual, e segundo testemunha saía com outras pessoas, além de que “anda muito a noite, ficando até a madrugada na rua e o depoente a considera uma prostitutazinha”.⁶⁷ A decisão do Ministro Marco Aurélio foi de que:

⁶⁴ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal comentado*, p. 604.

⁶⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, v.3, 1998, p. 195.

⁶⁶ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial: arts. 184 a 288*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9/MG. Rel. min. Marco Aurélio Mello., j. 21 maio 1996, Diário Oficial da União, 20 set. 1996 p 34.535. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663. Acesso em 10. Set. 2013.

A presunção de violência, prevista no art. 224, do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação dos costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. [...] não se mostra incomum repara-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos correntes à sexualidade, tudo de forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40 [...]. Àquela altura, uma pessoa que contasse com doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. [...]. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos [...]. A maioria já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades.⁶⁸

A partir de então, a jurisprudência sedimentou-se no entendimento do caráter relativo da presunção de violência nos crimes sexuais em determinados casos.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9/MG. Rel. min. Marco Aurélio Mello., j. 21 maio 1996, Diário Oficial da União, 20 set. 1996 p 34.535. Disponível em: <http://http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em 10. Set. 2013.

3 LEI 12.015/09

A análise do Código de 1940 feita no capítulo anterior permitiu observar a forte carga de valores morais que norteava as ofensas sexuais, isso restava evidente porque eram consideradas as qualidades morais da vítima para definição ou não do delito. Nas últimas décadas, porém, a violência sexual contra crianças e adolescentes passou a ser entendido como um “problema” que deveria debatido coletivamente.

Na passagem da década de 1980 para a de 1990, emerge o “**abuso sexual infanto-juvenil**” como uma questão política particularizada e especialmente dramática.⁶⁹ A noção de “**exploração sexual infanto-juvenil**” é delineada nos anos de 1990, diferenciando-a radicalmente da prostituição e pornografia adultas.⁷⁰ A “**pedofilia**” ganhou notoriedade pública com a introdução e a difusão da internet comercial no Brasil.⁷¹ Dessa forma, “a partir do final do século XX, crianças e adolescentes passaram a ocupar nas agendas políticas um lugar de destaque nas lutas por direitos especiais, especialmente de proteção contra diversas formas de exploração”.

A partir da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, as crianças começaram a ser concebidas como sujeitos de direitos. Tendo seus princípios reafirmados na Constituição Federal, em seu art. 227⁷², e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, José Henrique Torres afirma:

⁶⁹ A ênfase é na assimetria de poder e no dano psicológico. “Por força, promessas, ameaça, coação, manipulação emocional, enganos, pressão etc. o que é fundamental na definição do ‘abuso’ é que o consentimento sexual da criança não é considerado válido, de modo que ela é sempre vista como ‘objeto’ da satisfação da lascívia alheia e nunca como ‘sujeito’ em uma relação sexual com adultos [...]” [grifo nosso] In: LOWENKRON, Laura. *Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas?* Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana, n. 5, p. 09-29, 2010, p. 10.

⁷⁰ “Aparece associada à ideia de ‘exploração comercial’ e ao chamado ‘crime organizado’. Nesse contexto, a criança é concebida como sendo transformada não apenas em ‘objeto’, mas em ‘mercadoria’”. [grifo nosso] In: LOWENKRON, Laura. *Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas?* p. 11.

⁷¹ “situado entre o crime e a doença, o termo ‘pedofilia’ enfatiza as características psicológicas (anormalidade e perversidade) do adulto que se relaciona sexualmente com crianças ou daquele que produz, divulga ou consome imagens de pornografia infanto-juvenil”. In: LOWENKRON, Laura. *Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas?* p. 11.

⁷² **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

[...] desde a promulgação da Constituição de 1988, a dignidade humana já era reconhecida pela sociedade brasileira como um princípio fundamental e norteador de todo o sistema jurídico, político e social do nosso país. E a sexualidade, como atributo da pessoa humana, já deveria ter sido, desde então, submetida à proteção no âmbito da dignidade humana. Além disso, é preciso lembrar, também, que o Brasil, em face de suas normas e princípios constitucionais, submete-se, também, às normas e princípios de Direitos Humanos, ou seja, de um sistema internacional de proteção do ser humano, especialmente dos mais débeis e fragilizados. Assim, cabia ao Brasil, adaptar a sua legislação e suas políticas públicas a esses princípios.⁷³

Quanto às influências internacionais, é mister destacar a terceira edição dos Congressos Mundiais de Enfrentamento da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes que ocorreu no Rio de Janeiro, em 2008, e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, ratificado pelo Brasil, em 2000.

No Brasil, a movimentação para alterar o texto normativo e adequá-lo aos problemas do país quanto à tutela das crianças e adolescentes inicia-se entre 1993 e 1994 com a Comissão Parlamentar de Inquérito da Prostituição Infanto-Juvenil, na Câmara dos Deputados.

Essa CPI enfrentou dificuldades para obter dados sobre o fenômeno, constatando que as autoridades brasileiras não se mostravam, à época, preocupadas com a questão. A CPI contribuiu para dar visibilidade nacional ao tema, gerando uma significativa mobilização social. A partir de então, surgiram vários grupos e organizações não governamentais que passaram a lutar por um enfrentamento político do tema.

Em 2000, elaborou-se o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual infanto-juvenil e foi tipificado o crime de exploração sexual de crianças e adolescentes, com a inclusão do art. 244-A no ECA/1990. Entre 2003 e 2004 foi realizada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual da Criança e Adolescentes, nas duas casas do Congresso Nacional.

Essa CPMI foi liberada por parlamentares da Frente Parlamentar de Defesa da Criança e do Adolescente e teve como ponto de partida a pesquisa PESTRAF, coordenada pelo CECRIA (Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes), que mapeou as principais rotas de tráfico nacional e internacional de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual.⁷⁴

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁷³ TORRES, José Henrique Rodrigues. *Dignidade sexual e proteção no sistema penal*. Ver . bras. Crescimento desenvolv . hum. [online]. 2011, vol.21, n2, p.185-188.

⁷⁴ LOWENKRON, Laura. *Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas?* p, 15.

A CPMI da Exploração Sexual da Criança e Adolescentes elaborou um projeto de lei, cuja aprovação se deu em agosto de 2009. Nascia a lei 12.015/09, que alterou amplamente a parte do Código Penal que tipifica os crimes sexuais.

As mudanças na estrutura dos crimes contra a liberdade sexual trazidas pela lei nº 12.015/09 iniciaram-se pelo título. O Título VI da Parte Especial do Código Penal, que tratava dos “crimes contra os costumes” passaram a ser denominados “crimes contra a dignidade sexual”. Tal alteração, para Guilherme de Souza Nucci, indica que a preocupação do legislador, diferentemente do disposto na redação passada, não se limita ao sentimento de repulsa social a esse tipo de conduta, mas sim a proteção da dignidade sexual da vítima. “A novel legislação se preocupou, principalmente, com o respeito à dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito, pois não há dúvidas sobre a intensidade da violação que as vítimas dessa espécie de infração sofrem, observando-se a tentativa de combate às diversas espécies de violência sexual, não reguladas de forma eficaz pela legislação anterior”.⁷⁵

Para Vicente Greco Filho, o respeito à dignidade humana é um dos componentes necessários para interpretar de maneira correta a lei. O autor afirma que a vontade da lei deve ser buscada mediante aplicação de métodos técnicos e, principalmente, mediante a razão de ser dessa lei no mundo jurídico. Dessa forma, a reforma empreendida pela lei só pode ser interpretada “neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e violência sexual em especial”.⁷⁶

A mudança de foco do tema do Título VI, dos costumes para dignidade sexual, era necessária e adequada. Já não era admissível que permanecessem no ordenamento jurídico previsões legais que trouxessem em seu tipo, como causa de aumento de pena, ou até mesmo como elementar do tipo, expressões como “mulher virgem” para caracterizar os crime de Violação Sexual mediante fraude e o crime de

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVEZ, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*. Revista dos Tribunais, ano 99, v.902, p. 395-422. São Paulo : Revista dos Tribunais, dez. 2010, p. 396.

⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade: sobre a nova Lei dos crimes contra dignidade sexual*. Revista do tribunal regional federal da 1ª região, Brasília, v. 21, n. 11, p. 59-61, nov. 2009, p. 60.

sedução.⁷⁷ Não é razoável que o legislador valore a medida de proteção da vítima com base na virgindade. Dessa forma, a Justificação do Projeto de Lei 253/04 traz que “o crime contra pessoas que se encontram em determinada faixa etária não devem ser condicionado à virgindade, nem crimes contra mulheres devem ser avaliados por sua pretensa honestidade”.

Além do título, houve mudanças nos crimes em espécie. Os crimes de estupro (art. 213, CP) e o crime de atentado violento ao pudor (art. 214, CP) foram unidos, transformando-se em apenas um único tipo penal, o estupro. Dessa forma, o crime passa a abranger numa mesma figura, qualquer ato libidinoso, seja conjunção carnal ou não, praticado tanto contra mulher quanto contra homem mediante violência ou grave ameaça. Vicente Greco Filho esclarece que a razão da mudança foi simples: “apesar da equiparação da pena, deixar claro que há práticas de atos libidinosos de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal e que a vítima pode não ser mulher”.⁷⁸ A justificação do supramencionado projeto afirma:

[...] o presente projeto, por inspiração da definição ínsita no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cria novo tipo penal que não distingue a violência sexual por serem vítimas pessoas do sexo masculino ou feminino. [...] A nova redação pretende também corrigir outra limitação da atual legislação, ao não restringir o crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher, que a jurisprudência entende como sendo ato sexual vaginal. (SENADO FEDERAL, PLS nº253,2004).

Outra novidade, e aqui entrando no foco do presente trabalho, é a revogação da presunção de violência (art. 7º da lei 12.015/09). Não se presume mais a violência em relação a vítimas menores de 14 anos, àquelas que o agente saiba alienadas ou débeis mentais, ou que não possam oferecer resistência. O legislador preferiu que essas situações fossem tratadas com mais severidade.⁷⁹ Para isso, criou tipos penais autônomos, estipulando para eles penas maiores. O crime que tipificava o ato de realização do ato sexual contra menor, que estava localizado nas

⁷⁷ CABRAL, Lina Marie; CARDOSO, Larissa Ataide; PEREIRA, Marina Dantes; RODRIGUES, Julia de Arruda. *O novo tipo penal de estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13908/o-novo-tipo-penal-estupro-de-vulneravel-e-suas-repercussoes-em-nossa-sistemática-jurídica>. Acesso em 07/07/2013.

⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*, p. 59.

⁷⁹ GENTIL, Plínio Antônio Britto. *O novo estatuto legal dos crimes sexuais*. Em : [Revista bonijuris](#), Curitiba : BoniJuris v. 21, n. 552, p. 8-12, (nov. 2009), p.8.

disposições gerais dos crimes contra a liberdade sexual, foi tipificada em capítulo inédito em nossa legislação, batizado de “crimes contra vulnerável”.⁸⁰

Agora, sob o título de “estupro de vulnerável”, o tipo penal abrange não só a conjunção carnal como quaisquer outros atos libidinosos, em consonância com a atual definição de estupro, trazida pela redação do art. 213, conferindo-lhe maior alcance e amplitude.⁸¹ É possível observar que a realização de ato sexual contra menor de quatorze anos tornou-se crime autônomo, não mais acessório do crime de estupro, como acontecia anteriormente. Ao afastar a presunção de violência, o legislador também estabeleceu maior severidade no trato do assunto. Como é possível observar pelo aumento de penas para o tipo “estupro de vulnerável” de 8 a 15 anos, em comparação com o estupro do art. 213, com penas de 6 a 10 anos.

Ao criar uma figura típica em substituição às hipóteses de presunção de violência, o legislador “propiciou indefinições a serem sanadas pela doutrina e jurisprudência, sendo a principal delas a definição de ‘vulnerabilidade’, da qual surgem outras incertezas quanto ao grau da enfermidade, deficiência, idade e, ainda, quanto aos limites que cercam as duvidosas outras causas que impossibilitem o oferecimento de resistência”, conforme alerta Guilherme de Souza Nucci.⁸²

3.1. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Diante disso, tem expressiva importância a eleição da expressão “crimes contra a dignidade sexual”, pois demonstra que o legislador brasileiro “erigiu a categoria de bem jurídico tutelável a dignidade sexual, passando a ter como fundamento desta proteção, a dignidade da pessoa humana e o respeito à vida sexual, compatibilizando, assim, a norma penal aos preceitos constitucionais, que acabou por albergar com isso, a tutela da liberdade e do desenvolvimento sexual de cada indivíduo”.⁸³

⁸⁰ GENTIL, Plínio Antônio Britto. *O novo estatuto legal dos crimes sexuais*, p. 8.

⁸¹ FILÓ, Mauro da Cunha Savino. *O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de “estupro de menor vulnerável”*. 104f. Tese (Mestrado de Direito). Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora, 2012, p. 53.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza; ALVEZ, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*, p. 397.

⁸³ SÁ, Rodrigo Moraes. *Estupro de Vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor*. Semana acadêmica, []. Disponível em:

Com a mudança do título em questão, é possível observar um contraste entre as expressões “costumes” versus “dignidade sexual”. Agora, o que o bem jurídico busca salvaguardar é diametralmente diverso do anterior, na medida em que se preocupava com as concepções sociais acerca da sexualidade, bem como com os valores morais, e não efetivamente com o próprio indivíduo ofendido. É nesse sentido, a justificação do projeto de lei 253/04:

A concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez nomear o título VI da Parte especial do Código Penal como Dos crimes Contra a liberdade e o desenvolvimento sexual. (SENADO FEDERAL, PLS nº253, 2004).

Nesse diapasão, Luiz Flávio Gomes ressalta que não são mais os costumes o objeto jurídico da tutela penal, mas sim a proteção da liberdade sexual do indivíduo.

Não são os costumes o objeto jurídico da tutela penal. Toda dogmática penal, na atualidade, só concebe a existência de crime sexual que atente contra a liberdade sexual ou contra o normal desenvolvimento da personalidade (em formação) da criança. Fora disso não é admissível a incidência do direito penal, sob pena de se confundir a moral com o direito penal, que não serve para corrigir pessoas nem para proteger determinadas concepções morais.⁸⁴

Luana de Carvalho Silva ressalta a importância de o sexo aparecer no nosso ordenamento desvinculado dos valores morais.

No novo desenho dado pela Lei nº 12.015/09, o tema ‘sexo’ aparece pela primeira vez na letra da lei como uma expressão fundamental para se delimitar o objeto material a ser ‘selecionado’ pelo sistema penal. A ‘dignidade sexual’ anunciada como Título VI do Código Penal representa reconhecimento do sexo como parte integrante da vida e da dignidade

<http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoestuprodevulneravelenviar.pdf>. Acesso em: 25/08/2013, p. 13.

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Reforma penal dos crimes sexuais*. LFG, 25/04/2005. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050418123340159&mode=print. Acesso em: 05/08/2013.

humanas. E sua violência passa a ser abrigada, para além de fórmulas morais, na politização da vida como um aporte para o poder.⁸⁵

Todavia, para José Henrique Rodrigues Torres, as modificações trazidas encontram obstáculo na tradição paternalista enraizada em nossa cultura. Para a efetivação e proteção da sexualidade, bem como sua garantia como atributo da dignidade humana, resta ainda o enfrentamento da ideologia patriarcal, a qual, o autor compara com o Porteiro, da obra de Kafka, pois impede o acesso à lei e à justiça.⁸⁶

A nova terminologia do referido título também observou e conferiu enfoque à figura da criança e do adolescente. É possível observar que a atenção do legislador recaí agora sobre a criança como vulnerável, e não mais sobre a mulher “moderna” que representa um perigo à moral da época. No que tange ao tema central do trabalho, qual seja o estupro de vulnerável menor de 14 anos, a mudança da postura dos doutrinadores e jurisprudência é na tentativa de se adequar à Constituição cidadã, que visa proteger a pessoa e não os costumes. Porém, como alertado por José Henrique Torres, ainda há a cultura patriarcal impedindo a plena efetividade das mudanças trazidas pela legislação.

A justificativa do legislador de proteger o infante repousa na ideia de que é durante a infância que ocorre todo o processo de formação do indivíduo, tanto no plano biológico, como no psicológico e moral.⁸⁷ Dessa forma, a criminalização da conduta descrita no art.217-A, objeto principal do presente trabalho, especialmente no que tange ao menor de 14 anos, “procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos seu comportamento sexual”.⁸⁸

No mesmo sentido, Muñoz Conde afirma que “mais que a liberdade do menor ou incapaz, que obviamente não existe nesses casos, pretende-se, na hipótese do menor, proteger sua liberdade futura, ou melhor dito, a normal evolução e o

⁸⁵ SILVA, Luana de Carvalho. *Carne e culpa*, p. 82-83.

⁸⁶ TORRES, José Henrique Rodrigues. *Dignidade sexual e proteção no sistema penal*, p. 189.

⁸⁷ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável: novo tipo penal unificado*. Revista magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.32, p.52-77, 23 abr.2012. bimestral.

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98.

desenvolvimento de sua personalidade, para que quanto seja adulto decida livremente seu comportamento sexual”.⁸⁹

3.2. VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS

O tipo penal do estupro de vulnerável utiliza-se de tal adjetivo com função substantiva para indicar o sujeito passivo desta modalidade de crime sexual mais grave, que na verdade será sempre uma pessoa fragilizada, incapacitada física ou mentalmente.⁹⁰ O termo “vulnerável” apresenta-se com um rol taxativo daqueles que, em tese, não possuem condições de consentir de forma válida a prática sexual, seja ela a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.⁹¹ Sendo o foco deste estudo a hipótese do vulnerável menor de 14 anos.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt, “o legislador faz 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 (218-B, 230, §1º, 231-A, §2º, I). A partir daí pode-se admitir que o legislador, embora não tenha sido expresso, trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito anos)”.⁹² Seriam, então, dois conceitos para vulnerável, o primeiro qualificaria para os fins de configuração do delito de estupro os menores de 14 anos e toda pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha discernimento para a prática do ato sexual ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. O segundo conceito de vulnerável seria para fins de configuração do delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, sendo aqueles menores de 18 anos, ou alguém que, por enfermidade ou deficiência não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Insta observar que os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a equiparação de vulnerabilidade, hipótese em 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”. Diante da

⁸⁹ CONDE, Francisco Muñoz Conde. *Direito penal – parte Especial*, 12.ed., Valência, Tirant lo Blanch, 1999, p. 196.

⁹⁰ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável*. Revista IOB de direito penal e processo penal – São Paulo, v. 10, n. 58, out/nov 2009, p. 20.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVEZ, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*, p. 397.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 4, p. 92.

interpretação analógica e tipicidade restrita, Cezar Roberto Bitencourt alerta que é necessário que se atenda aos atributos dos respectivos paradigmas. “Não se trata, por conseguinte de ‘qualquer outra causa’, propriamente, mas de qualquer outra causa que guarde similitude ao paradigma ‘enfermidade ou deficiência mental’”.⁹³ Assim, deve ser algo que reduza ou enfraqueça sua capacidade de discernimento e, conseqüentemente, impossibilite a resistência, nos moldes das enfermidades mentais.

Guilherme de Souza Nucci ressalta que se deve ter cuidado com a interpretação literal do art. 217- A para não chegar a conclusões precipitadas acerca da vulnerabilidade. Defende que o entendimento de que a incidência da norma seria absoluta não é o mais acertado, não basta, por exemplo, juntar ao processo sua certidão de nascimento, atestando idade inferior a 14 anos, para se configurar a vulnerabilidade.⁹⁴ O doutrinador afirma que a solução para este desacerto seria a análise do caso concreto.

A fim de se desfazer tal equívoco, e, em respeito aos princípios constitucionais da intervenção mínima do direito penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção de violência, é que a vulnerabilidade, merecedora de tutela penal, deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual.⁹⁵

Cezar Roberto Bitencourt esclarece que a presunção absoluta da vulnerabilidade é fruto da pretensão do legislador para ludibriar o intérprete e o aplicador da lei. O doutrinador leciona que ainda há a mesma presunção de violência no tipo penal do estupro de vulnerável. “Trata-se, inequivocamente, de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que se consagrou no Supremo Tribunal Federal sobre a relatividade da presunção de violência contida no

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*. Conjur, 19.jun.2012. disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>. Acesso em: 05/06/2013, p. 01.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVEZ, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*, p. 410.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVEZ, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*, p. 410.

dispositivo revogado”.⁹⁶ Continua, asseverando que “essa presunção implícita, inconfessadamente utilizada pelo legislador, não fastia aquela discussão sobre a sua relatividade, naquela linha de que a mudança de rótulo não altera a substância”.⁹⁷ Para melhor compreensão, é necessário ainda diferenciar a presunção absoluta ou relativa e vulnerabilidade absoluta ou reativa.

Quanto à presunção absoluta e presunção relativa de vulnerabilidade, o que se questiona é tão somente a natureza da presunção legal, independentemente da gravidade ou natureza da própria vulnerabilidade. Pela presunção absoluta de vulnerabilidade, admite-se que a vítima é, indiscutivelmente, vulnerável, não se admitindo prova em sentido contrário. Pela presunção relativa de vulnerabilidade, a vítima pode ser vulnerável, ou pode não ser, devendo-se examinar casuisticamente a situação para constatar se tal circunstancia pessoal se faz presente nela ou não.⁹⁸

Superado o entendimento anterior, e partindo-se do pressuposto de que a vulnerabilidade existe, mas não se sabe o seu grau, intensidade ou extensão, é avaliada a vulnerabilidade absoluta ou relativa. Trata-se de um segundo grau de cognição: no primeiro, avalia-se a natureza da presunção se relativa ou absoluta; neste segundo juízo, valore-se o quantum de vulnerabilidade a vítima apresenta.⁹⁹ Porém, os dois juízos valorativos são independentes, não implicando um no outro.

Pode ocorrer, por exemplo, que se trate de presunção absoluta de vulnerabilidade, mas que o exame in concreto das circunstâncias demonstrem que, a despeito de não se poder discutir a presunção (ou já superada esta) a vulnerabilidade que o caso apresenta é de relativa intensidade; por outro lado, na hipótese do art. 218-B, por exemplo, se reconhece que a vulnerabilidade constatada é absoluta, isto é, completa, apresenta-se em grau máximo! Com efeito, embora pareça, à primeira vista, um simples jogo de palavras, procuramos demonstrar que são realidades absolutamente distintas e, mais que isso: podem coincidir presunção absoluta com vulnerabilidade relativa e presunção relativa com vulnerabilidade absoluta, sem que isso represente nenhum paradoxo.¹⁰⁰

Transferindo esse entendimento para a questão em análise, qual seja, o estupro de menor vulnerável, percebe-se que o legislador considerou como sujeito

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*, p. 03.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*, p. 03.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*, p. 03.

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*, p. 03.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*, p. 03.

passivo alguém absolutamente vulnerável, ou seja, portador de vulnerabilidade máxima, extrema, superlativa mesmo. Posição que será comentada no próximo tópico.

3.2.1 Estupro de vulnerável¹⁰¹

3.2.1.1 Bem jurídico tutelado

Analisando o caput do artigo, é perceptível a distinção em relação ao delito tipificado no art. 213: não é elemento do tipo o ato de constranger, bastando que o agente tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com pessoa vulnerável. “O eventual constrangimento se esgota na elementar *vulnerável*, não vindo ao caso considerar se houve ou não um constrangimento real”.¹⁰²

É esse o entendimento de parte da doutrina, uma vez que não há espaço para relativização, já que a lei não permite, de maneira absoluta, a prática de atos sexuais com aqueles que têm por vulneráveis, Renato Marcão afirma:

[...] tutela-se, de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito.¹⁰³

No mesmo sentido é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt:

¹⁰¹ 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 a conduta resulta morte:

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

¹⁰² MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao Título VI do Código Penal*. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 186.

¹⁰³ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao Título VI do Código Penal*, p. 187.

[...] na hipótese de crime sexual contra vulnerável, 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 sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.¹⁰⁴

Já, Guilherme de Souza Nucci afirma que o tipo penal conserva o termo “estupro”, de forma a preservar a natureza de um ato praticado contra a vontade do ofendido. Assim, haveria dúvida quanto a validade do consentimento da vítima, retomando-se, com nova roupagem, a velha discussão sobre o caráter relativo ou absoluto da antiga presunção de violência, antes prevista no revogado art. 224, do CP. Dessa forma, o bem tutelado seria a liberdade sexual.¹⁰⁵

Luiz Régis Prado também afirma que o bem jurídico é a liberdade sexual do vulnerável.

A tutela penal, no caso em epígrafe, visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis assim entendidas aquelas que não têm suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere à prática de qualquer ato sexual.¹⁰⁶

3.2.1.2 Sujeitos ativo e passivo

O sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser qualquer pessoa, indistintamente, o homem ou mulher, contra, inclusive, pessoa do mesmo sexo. Luiz Régis Prado ressalta que o sujeito ativo deve ser maior de dezoito anos.¹⁰⁷ Porém, como não há tal ressalva no texto legal, a maioria dos autores não fala em idade mínima para a prática do crime de estupro de vulnerável. Trata-se de crime comum, portanto.

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*, p. 95

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249 – 8. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 623.*

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249, 2010, p. 623.*

Se pensarmos em uma adolescente de quinze anos que seduz um menino de doze anos e com ele pratica, delicada e apaixonadamente, diversos atos sexuais, incluindo a conjunção carnal, também ela pratica (formalmente) o tipo penal.¹⁰⁸

Se um menor de catorze anos, [...] caso não haja emprego de violência e a vítima consinta o ato praticado, haverá estupro de vulnerável bilateral, isto é, ambos os agente praticam (formalmente) o tipo.¹⁰⁹

O sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que apresente a qualidade ou condição especial de vulnerabilidade exigida pelo tipo penal, seja pela menoridade de quatorze anos, seja em razão de se tratar de 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. Ressalta-se que o discernimento que o dispositivo trata é aquele necessário para a prática de atos sexuais.¹¹⁰ Assim, o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la.¹¹¹ Pode ser que o sujeito possua algum discernimento, mas não o suficiente para o ato.

Luiz Regis Prado esclarece as hipóteses de vulnerabilidade descritas no art. 217-A:

[...] na primeira parte do aludido parágrafo do artigo 217-A do Código Penal, para que a vítima receba a tutela penal há necessidade de se apresentar praticamente nas mesmas condições psíquicas do artigo 26 do Código Penal, não tendo nenhuma capacidade de discernimento sobre o ato atentatório à sua liberdade sexual. Compreende-se aqui não só a loucura, isto é o processo patológico ativo, como também outros casos de processos patológicos estacionários ou crônicos. Em face dessas enfermidades pode a vítima apresentar deficiência múltiplas atinentes à memória, percepção, associação, imaginação, juízo, afetividade, auto controle e outras. Protege-se ainda os fronteiriços, cuja capacidade mental, superior à do idiota e à do imbecil, encontra-se entre a imbecilidade e a sanidade ou higidez psíquica. No que se refere à hipótese de a vítima, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência, o fundamento da disposição legal reside na impossibilidade de o sujeito passivo manifestar seu dissenso, como nos casos de imobilização, em decorrência de enfermidade, de idade avançada, sono, hipnose, embriaguez completa, inconsciência pelo uso de drogas, entre outros. É indiferente que a vítima seja colocada em tal estado por

¹⁰⁸ FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 88.

¹⁰⁹ FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*, p. 95.

¹¹⁰ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao Título VI do Código Penal*, p. 194.

¹¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249*, p. 623.

provocação do agente, ou que tenha este simplesmente se aproveitado do fato de o fendido estar previamente impossibilitado de oferecer resistência.¹¹²

3.2.1.3 Tipo objetivo

Os núcleos do tipo em estudo são os verbos “ter” e “praticar”. Pune-se, não importando qual o meio pelo qual o agente conseguiu ter ou praticar a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso. Não é necessário, portanto, o elemento do tipo do estupro do art. 213, “constranger”, nem usar de violência ou ameaçar.

“Conjunção carnal é a relação sexual caracterizada pela introdução do pênis na vagina, dispensando-se penetração completa ou ejaculação”.¹¹³ A conduta de “ter conjunção carnal com menor de quatorze anos” traz uma redação abrangente, o que possibilita que o menor do sexo masculino também possa ser sujeito passivo desse crime. Para Cezar Roberto Bitencourt essa possibilidade é mais facilmente admitida do que no crime de estupro genérico, porque no caso em análise não há violência real. “No estupro de vulnerável, em outros termos, nada impede que mulher constranja menor de quatorze anos mantendo com ele conjunção carnal”.¹¹⁴

A segunda conduta tipificada consiste em o agente (homem ou mulher) praticar ato libidinoso com menor de quatorze anos (sexo masculino ou feminino), indistintamente. “O ato libidinoso é qualquer prática diversa, tendente a excitar ou satisfazer a libido humana, podendo ser assim também entendido aquele ato, objetivamente identificável com uma prática libidinoso, mas destinado a menosprezar ou humilhar a vítima”.¹¹⁵ Objetivamente, o ato libidinoso é aquele que ofender o pudor, o decoro ou a decência sexual, é ato sexualmente obsceno. Subjetivamente, é o ato movido pela lascívia.¹¹⁶

3.2.1.4 Tipo subjetivo: adequação típica

O dolo é o elemento subjetivo que integra o tipo penal. Dessa forma, o sujeito ativo deve ter vontade consciente de ter conjunção carnal com a vítima vulnerável,

¹¹² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249*, p. 624-625.

¹¹³ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao Título VI do Código Penal*, p. 187.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*, p. 96.

¹¹⁵ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao Título VI do Código Penal*, p. 193.

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249*, p. 625.

ou praticar outro ato libidinoso (diverso de conjunção carnal). Equipara-se à prática das mesmas condutas 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. “No particular, o sujeito ativo deve ter conhecimento (ou consciência) de que se trata de menor de quatorze anos ou de alguém que, em razão de sua deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato”.¹¹⁷

O elemento do dolo deve ser atual, ou seja, existir no momento em que a ação está acontecendo. Para Cezar Bitencourt, o agente deve ter plena consciência, no momento em que pratica a ação, daquilo que quer realizar – conjunção carnal ou outro libidinoso – bem como com quem deseja realiza-lo – alguém vulnerável. O doutrinador leciona ainda que além do elemento intelectual é necessário o elemento volitivo. “A vontade deve abranger, igualmente, a ação (prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso), o resultado (execução efetiva da ação proibida), os meios (de forma livre ou algum meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima) e o nexo causal (relação de causa e efeito)”. O autor conclui que o dolo somente se completa com a presença simultânea da consciência e da vontade de todos os elementos constitutivos do tipo penal, e caso isso não ocorra, configura-se erro de tipo.¹¹⁸

No mesmo sentido é o entendimento de Rogério Greco, que afirma que “não tendo o agente conhecimento de que a vítima se amolda a uma das situações elencadas pelo caput ou pelo §1º do art. 217-A do Código Penal, poderá ser alegado o erro de tipo”.¹¹⁹

Mesmo que o dolo neste crime seja, normalmente, direto. Renato Marcão e Plínio Gentil alertam para a possibilidade de dolo indireto, ou eventual, quando o agente “assumir o risco de estar praticando ato que, embora não objetivamente libidinoso, contenha libidinosidade para a vítima. Poderá, ainda, aceitar o risco de se tratar de sujeito passivo vulnerável”. Para os autores, basta o dolo genérico, sendo desnecessário o elemento subjetivo do tipo ou dolo específico.

¹¹⁷ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao Título VI do Código Penal*, p. 187.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*, p. 100-101.

¹¹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. v. 3. P. 543.

3.2.1.5 Qualificadoras

Os parágrafos do art. 217-A dispõem: se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos (§3º); se da conduta resulta morte, a reclusão é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (§4º). Desde que o resultado mais grave não seja resultado de caso fortuito ou força maior, é indiferente que tenha sido produto voluntário ou involuntário, conforme explica Cezar Roberto Bitencourt.

Se o agente houver querido (dolo direto) ou assumido (dolo eventual) o risco da produção do resultado mais grave, as previsões destes parágrafos não deveriam, teoricamente, ser aplicadas. Haveria, nessa hipótese, concurso (material ou formal impróprio) de crimes, dependendo das circunstâncias: o de natureza sexual (caput) e o resultante da violência (lesão grave ou morte). Curiosamente, no entanto, se houver esse concurso de crimes dolosos, a soma das penas poderá resultar menor do que as das figuras qualificadas, decorrentes da desarmonia do sistema criada pelas reformas penais ad hoc. Por essas razões, isto é, para evitar esse provável paradoxo, sugerimos que as qualificadoras constantes dos §§3º e 4º devem ser aplicadas, mesmo que o resultado mais grave decorra do dolo do agente.¹²⁰

3.2.1.6 Consumação e tentativa

O crime de estupro de vulnerável, na modalidade constranger à conjunção carnal, consuma-se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima. Na modalidade praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso, consuma-se o crime com a efetiva realização ou execução de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.¹²¹ O delito já estaria consumado com a prática dos atos lascivos integrantes do chamado prelúdio ao coito, cuja libidinosidade é perfeitamente perceptível ao agente. Dessa forma, qualquer que fosse o objetivo do agente, a prática da libidinagem consuma o crime. Para Renato Marcão, não haveria, entretanto, tentativa caso a prática de qualquer ato lascivo fosse a única pretensão do agente. “Não se vê como alguém possa iniciar a sua

¹²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*, p. 102-103.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*, p. 103.

execução sem já estar consumando o delito, uma vez que um só gesto já bastará para concretizar um ato libidinoso”.¹²²

Já Cezar Roberto Bitencourt caracteriza a figura tentada do crime de estupro de vulnerável quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima ou intervenção de terceiro, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos. “Assim, para a ocorrência da tentativa basta que o agente tenha empregado violência contra a vítima, com o fim inequívoco de constrangê-la á prática de relação sexual, em qualquer de suas modalidades”.¹²³

3.2.1.7 Ação penal

É pública e incondicionada a ação penal para processar autores de estupro vulnerável, segundo dispõe o art. 225, parágrafo único, segunda parte, do CP. Caso haja dúvida sobre a vulnerabilidade, o promotor deve, no momento da denúncia, procurar obter a representação do ofendido ou de quem o represente. Caso seja impossível sua obtenção naquele momento, segundo Renato Marcão¹²⁴, o promotor deve assim mesmo oferecer a denúncia, pois a ação é incondicionada. Todos os processos correrão em segredo de justiça, em consonância com o art. 234-B, do CPC.

A lei 12.015/09 erigiu o estupro de vulnerável à categoria de crime hediondo, tanto na sua forma simples como na forma qualificada (art. 1º, VI, Lei 8.072/1990). Nesses casos são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança (art. 2º, I e II, Lei 8.072/1990 e art. 5º, XLIII, CF). A pena, nessas hipóteses, deve ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2º, §1º, Lei 8.072/1990). A prisão temporária (art. 1º, III, f, Lei 7.960/19890 terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, §4º, Lei 8072/1990).¹²⁵

Quanto ao rigor da ação penal nos crimes contra vulneráveis, Plínio Antonio Britto Gentil alerta: “Fácil prever que problemas surgirão quando, ao final da

¹²² MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao Título VI do Código Penal*, p. 108-109.

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*, p. 103.

¹²⁴ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao Título VI do Código Penal*, p. 204.

¹²⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249*, p. 626-627.

instrução, provar-se que a vítima, tida como vulnerável não o era”.¹²⁶ Para melhor compreensão da gravidade disso, o Promotor de Justiça Felipe Faria de Oliveira relata, com base em sua experiência na prática jurídica, que na maioria das situações “o jovem adulto de 18 ou 19 anos não tentava se apropriar de sua idade mais avançada como forma de pressionar ou aproveitar da falta de maturidade sexual da adolescente para tentar ludibriar ou conduzir seu consentimento. Em realidade, em uma outra situação –não majoritária, deve-se dizer – o agente imputável se mostrava mais inseguro e envolvido emocionalmente do que a própria adolescente”. Diante disso, o promotor relembra a gravidade que um processo por crimes sexuais pode acarretar na vida dos acusado, e pergunta: “estaria esse cidadão na esfera de agente delitivo que a norma penal visa abarcar?”.¹²⁷

3.2.2 Estupro de vulnerável em razão da idade da vítima

No que tange ao surgimento do novo tipo penal, estupro de vulnerável, objeto central do presente trabalho, a proposta de lei, que deu origem à lei 12015/09, tem como enfoque principal a proteção à liberdade e dignidade sexual de crianças e adolescentes.

O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra adolescentes a partir de 14 anos devem ser lidos a partir do novo art. 217 proposto. Esse artigo, que tipifica o estupro de vulnerável substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas não somente crianças e adolescente, mas também a pessoa que, por enfermidade ou doença mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência. E com essas pessoas considera crime ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso. Sem entrar no mérito da violência e da sua presunção. **Trata-se de objetividade fática.** (SENADO FEDERAL, PLS nº 253, 2004). [grifo nosso]

¹²⁶ GENTIL, Plínio Antônio Britto. *O novo estatuto legal dos crimes sexuais. Do estupro do homem ao “fim das virgens”*, p. 10.

¹²⁷ OLIVEIRA, Felipe Faria de. A ilegitimidade do art. 217-A do CPB ante o caso concreto sob a perspectiva procedimentalista. [2012]. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/1065?show=full>. Acesso em: 09/10/2013, p. 7-8.

Pelo excerto acima é possível analisar grandes diferenças em relação à revogada “presunção de violência”. Não se fala mais de *inocentia consilli*, completa insciência em relações aos fatos sexuais, para justificar a tutela aos menores de 14 anos. O motivo para a proteção do art. 217-A advém da falta de discernimento para a prática do ato sexual. Desse modo, não cabem mais discursos que trazem a ausência de pureza e inocência como argumento para descaracterizar a tutela do tipo penal, como acontecia na relativização da presunção de violência.¹²⁸ Observa-se que a lei considera que pela tenra idade tais indivíduos não possuem maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para consentir com a prática sexual, considerando-os, assim, vulneráveis.¹²⁹ A importância do consentimento da vítima se dá por ser excludente de tipicidade, uma vez que a liberdade sexual é considerada um bem jurídico disponível. Dessa forma, é essencial que haja “grau de desenvolvimento psicossomático da vítima para que possa manifestar, com capacidade física e psíquica eficiente e com base num razoável espaço de liberdade, a sua adesão ou a sua recusa ao ato sexual pretendido pelo parceiro. Não se pode desconhecer que esta é uma questão fundamental para se estabelecer o juízo de adequação típica ao fato praticado e de culpabilidade no caso de crime de estupro”.¹³⁰ Assim, pela incapacidade de consentir nos assuntos relacionados ao sexo, a liberdade sexual, para os vulneráveis, seria um bem indisponível de pleno direito.

O legislador, na Exposição de Motivos, traz expressamente que se trata de objetividade fática, não se entrando no mérito da violência e da sua presunção. Tal afirmação, para muitos autores¹³¹, encerraria a discussão sobre a relativização da presunção de violência contida no dispositivo revogado (art. 224). Contudo, muitos doutrinadores defendem a relativização da presunção de vulnerabilidade, “naquela linha de que a mudança do rótulo não altera a substância”¹³², ou seja, de que

¹²⁸ Nesse sentido, João José Leal e Rodrigo José Leal afirmam que: “pode perder o seu estado de inocência e de ingenuidade, ou seja, de “pessoa vulnerável”, que o fundamento ético jurídico do princípio da proteção integral.” Em: LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Novo tipo de estupro contra vulnerável*.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVEZ, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*, p. 412.

¹³⁰ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável*, p. 3.

¹³¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte especial – arts. 121 a 249*, p.622.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita*.

mesmo com a alteração pela lei 12.015/09, o novo tipo penal continuaria tratando do mesmo tema do revogado art. 224. Diante dessa discussão doutrinária, é necessária uma análise concatenada com o resto do ordenamento jurídico, bem como os princípios constitucionais para compreender melhor o tema, o que será feito mais adiante.

3.2.3 Menoridade e consentimento

Conforme já exposto, as transformações sociais e a mudança na abordagem do tema de proteção das crianças foram essenciais para as alterações legislativas do final do século XX.

Crianças e adolescentes passam a ser concebidos como “sujeitos de direitos” a partir da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, cujos princípios foram implementados no Brasil por meio do art. 227 da Constituição Federal de 1988 (que incorporou a doutrina da “proteção integral” que estava sendo discutida nas Nações Unidas) e desenvolvidos na legislação infraconstitucional a partir do ECA, de 1990.

O compromisso de proteger a criança de todas as formas de exploração e abuso sexual é entendido como uma tarefa coletiva do Estado, da família e de toda sociedade (art.227 da CF/88). Desde então, a sociedade civil organizada e o poder público têm reunido esforços para o desenvolvimento de enfrentamento desse tipo de “violência”.¹³³

Desde a década de 1990, o tema da violência sexual contra crianças e adolescentes tornou-se um problema público central. O foco da discussão sobre a temática tem sido, principalmente, o abuso e a exploração sexual. Isso porque a sexualidade de crianças e adolescentes é frequentemente abordada pelo direito a partir de sua violação.¹³⁴ “Tal situação revela a existência de dificuldades na sociedade brasileira de aceitação e discussão do conteúdo afirmativo da sexualidade de crianças e adolescentes. Tratam-se de obstáculos decorrentes de

¹³³ LOWENKRON, Laura. *Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas?* p. 20.

¹³⁴ ALEIXO, Klelia Canabrava. *Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral*. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n.209, p.08-09, abr., 2010, p. 8.

concepções morais, bem como de um processo de socialização centrado nas crenças e interesses dos adultos”.¹³⁵

Sob a justificativa de proteção ao desenvolvimento regular da sexualidade da criança e do adolescente, foi considerado o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos como irregular, desviante e que deveria ser objeto de proibição.¹³⁶ Assim, o legislador fixou a idade de 14 anos como limítrofe para a caracterização de um delito quando da sua realização de um ato sexual.¹³⁷

Para a antropóloga Laura Loenkron, as categorias de idade são socialmente construídas e manipuladas, bem como as fronteiras entre o aceitável e o inaceitável são permanentemente negociadas e deslocadas.¹³⁸ Conforme Viana, a menoridade foi definida “não como um atributo relativo à idade, mas sim como instrumento hierarquizador de direitos”¹³⁹, como categoria relacional de subordinação que evoca a “maioridade” enquanto contraponto e enfatiza a posição desses indivíduos em termos legais ou de autoridade.¹⁴⁰

O aspecto positivo de trabalhar com a noção de menoridade refere-se aos termos epistemológicos, “pois permite um maior afastamento de categorias muito naturalizadas, como infância ou crianças, imediatamente associadas a um dado período de vida ou a um conjunto de representações”.¹⁴¹ Isso porque, os períodos da vida classificados como infância, adolescência, fase adulta estão em constante processo de mudança. Na idade média, por exemplo, não havia adolescência. Nesse período, as crianças, ao adquirirem certa independência, uma vez desmamadas, já sabiam andar e falar, começando, então, a participar da vida adulta. A figura do adolescente moderno é reconhecida como tal somente por volta

¹³⁵ ALEIXO, Klelia Canabrava. *Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral*, p. 8.

¹³⁶ ALEIXO, Klelia Canabrava. *Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral*, p. 9.

¹³⁷ OLIVEIRA, Felipe Faria de. *A ilegitimidade do art. 217-A do CPB ante o caso concreto sob a perspectiva procedimentalista*, p. 8.

¹³⁸ LOWENKRON, Laura. *(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*. Revista de Antropologia, São Paulo, USP, v. 50 nº2, 2007, p. 714.

¹³⁹ VIANNA, Adriana de Resende Barredo. O Mal que se adivinha: a polícia e a menoridade no Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Arquivo Nacional, p. 168. Apud: LOWENKRON, Laura. *(Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 715.

¹⁴⁰ LOWENKRON, Laura. *(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*. p. 714.

¹⁴¹ LOWENKRON, Laura. *(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 714.

de 1990. Nos dias atuais, há um prolongamento da juventude, pois a maioria dos jovens, apesar de assumir responsabilidades, continua dependendo dos pais.¹⁴²

Utilizando-se da menoridade, ou ainda do termo “menor de quatorze anos”, o Código Penal pune pelas características das vítimas, que, atendendo à idade, não estão ainda em condições de se autodeterminar sexualmente. Partindo-se da pressuposição da incapacidade “natural” de discernimento, “concebido como ainda em fase de formação nesse período da vida, se naturaliza e legitima a dimensão tutelar da menoridade. Por tratar-se de uma incapacidade transitória, é necessária a demarcação de alguém que responda por esses indivíduos incompletos, seja pela ideia de que a transição da menoridade à maioridade deve corresponder a um período de (trans)formação”.¹⁴³

Dessa forma, o direito penal brasileiro associa o amadurecimento sexual com determinada faixa etária. Justificando tal medida na suposta falta de discernimento em relação aos assuntos relacionados à prática sexual. Entretanto, o amadurecimento sexual não se dá só por critérios etários, mas é determinado, em grande medida, pela cultura dominante. Ocorre que no Brasil, “a constituição da cultura se dá de forma menos limitada, com influência de várias outras determinantes e valores diferentes, não existindo um padrão extremo de educação e de fixação de padrões culturais”. Sendo, portanto, não recomendável uma padronização do amadurecimento sexual.¹⁴⁴

[...] se ressalta o caráter relativo do desenvolvimento sexual, uma vez que a duração do período de adolescência varia com a maturação sexual e sua duração é influenciada por fatores sócio-econômicos e culturas. A cultura, ou melhor, as proibições e conceitos sociais influenciam com grande forma o início da prática dos atos sexuais, deixando em segundo plano as conquistas com a evolução biológica, uma vez que uma pessoa biologicamente pronta para a prática sexual, pode ser levada a evitar a conjunção carnal, por proibições culturais.¹⁴⁵

¹⁴² DARGÉL, Alexandre Ayub. *Presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais: uma crítica transdisciplinar*. 107 f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Setor de Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006, p. 39-44.

¹⁴³ LOWENKRON, Laura. *(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 750.

¹⁴⁴ DARGÉL, Alexandre Ayub. *Presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais: uma crítica transdisciplinar*, p. 44-45.

¹⁴⁵ DARGÉL, Alexandre Ayub. *Presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais: uma crítica transdisciplinar*, p. 44-45.

Diante dessa discussão emergem diferentes concepções culturais sobre o papel das leis na proteção aos jovens, “a construção social da capacidade de discernimento (e a divisão entre “capazes” e “incapazes”), portanto, do sujeito racional completo, a relação entre adolescência e sexualidade no mundo contemporâneo, e os critérios que definem os limites da menoridade além da idade”.¹⁴⁶ As concepções culturais são refletidas e problematizadas, em um processo de construção e desconstrução, nos argumentos dos magistrados que julgam o tema. Pautando-se em alegações de cunho moral, alguns juízes, para fundamentar o “erro de tipo”, buscam desconstituir a menoridade da vítima.

A partir do exame da prova coligida, sustenta-se que não houve estupro em si, já que a vítima se passou por pessoa com idade superior à real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental, tendo confessado em juízo que manteve relação sexual com o paciente por vontade própria. (Ministro Marco Aurélio)

Em análise a esse julgado do STF, REsp. 1.021.634/SP, Laura Lowenkron observa que:

O reconhecimento da “precocidade na aparência física e na conduta é seguido de uma pressuposição de “precocidade” no desenvolvimento psicológico. Trata-se de uma concepção de que a pessoa se desenvolve de um modo integrado e coerente em todos os aspectos. Por essa perspectiva, madura fisicamente, experiente sexualmente, supõe-se que a menina tenha atingido também maturidade intelectual e moral para consentir. Para os ministros que validaram seu consentimento, a aparência e a conduta da menina foram consideradas mais importantes do que a idade biológica para descaracterizar sua menoridade, ao lhe retirar o direito de tutela para consentir em uma relação sexual.¹⁴⁷

Em outras palavras, para ser menor não basta ter a idade certa, é preciso parecer que a tem. Outros argumentos utilizados para desconstituir a menoridade da vítima foram no sentido de descaracterizar a pureza e a vulnerabilidade associadas à imagem infantil, locus privilegiado da menoridade.

¹⁴⁶ LOWENKRON, Laura. *(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p.724.

¹⁴⁷ LOWENKRON, Laura. *(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p.726.

Em sentido oposto, foi o voto do ministro Carlos Velloso, que justifica a tutela por dois aspectos, “a incapacidade de ‘autocontrole’ em relação a jovens da faixa etária da vítima: a natureza biológica dos ‘instintos sexuais’, que afloram na adolescência, tornando as meninas púberes mais vulneráveis; e a ignorância de seus atos”.¹⁴⁸ A fragilidade do adolescente seria a soma da puberdade, associada a um período de perturbação psíquica, à pouca experiência.

Nesse sentido, também é o entendimento de Laura Lowenkron, de que a capacidade de consentimento significado para o ato sexual é multidimensional, “sendo uma combinação entre a competência intelectual (habilidade para processar informação relevante), competência moral (capacidade para avaliar o valor social do gesto) e competência emocional (entendida como habilidade para expressar e manejar emoções)”.

O princípio que fundamenta a menoridade sexual não é qualquer suposição de que o jovem abaixo da idade definida legalmente não tenha desejo ou prazer sexual, mas, sim, que ele não desenvolveu ainda as competências consideradas relevantes para consentir em uma relação sexual. Supõe-se que a competência para a tomada de decisões vem com o tempo, por meio de um processo de socialização no qual o sujeito racional é formado. [...] O exercício de sua vontade deve ser tutelado pela lei até que ele ou ela tenha se tornado um sujeito pleno para consentir livremente a relação sexual.¹⁴⁹

No entanto, a antropóloga alerta que não se pode tornar a “idade” como um critério absoluto. A idade está associada a moralidades diferenciadas de acordo com o gênero, bem como a outras assimetrias, como as relativas às posições sociais e à classe.

A incapacidade legal de autogestão que define a dimensão tutelar da menoridade apoia-se na ideia de uma incapacidade natural que define uma fase da vida. No entanto, diferentes atividades são associadas a diferentes menoridades, de modo que a questão crucial não é tanto saber se determinado é considerado ‘criança’ ou não, mas sim, considerado ‘criança’ para quê.^{150 151}

¹⁴⁸ LOWENKRON, Laura. *(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 730.

¹⁴⁹ LOWENKRON, Laura. *(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 730

¹⁵⁰ LOWENKRON, Laura. *(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 730.

¹⁵¹ Nesse sentido, podemos observar que o nosso ordenamento jurídico trata de variados limites de idade para caracterizar a menoridade. O próprio Código Penal, no art. 121, §4º, trata como circunstância agravante quando o crime é cometido contra criança menor de 14 anos. O Estatuto da

A tutela, assim, não seria uma opressão à vontade, mas sim um “governo doce” que controla os incompletos, as crianças, para protegê-los.¹⁵² Para Matta e Correia, quando trata-se dos adolescentes, entre 12 e 14 anos, as reais motivações dos representantes legais em levarem o caso ao Judiciário não se pautavam na proteção ao desenvolvimento do adolescente, mas sim uma tentativa de controle da sexualidade destes. Os autores constaram que parte dos inquéritos lá existentes foram determinados pelas famílias que tinha como objetivo cercear a liberdade sexual do adolescente por escaparem ao modelo culturalmente aceito, seja por envolverem a homossexualidade ou diferenças pertencentes à classe, raça ou religião do parceiro.¹⁵³

3.2.4 Menor prostituído ¹⁵⁴

O termo “exploração sexual” teve origem com uma vertente do feminismo influenciada pelo marxismo, em que se falava indistintamente da prostituição adulta e infanto-juvenil, sendo ambas entendidas como mercantilização do corpo e alienação da pessoa. Só em 1990, adveio a noção de exploração sexual infanto-juvenil como uma categoria distinta. É distinta da prostituição e pornografia adultas, segundo Laura Lowenkron, ao negar qualquer dimensão de escolha. “O objetivo é se opor à visão, classificada pelos militantes dos direitos da criança como tradicional e conservadora, que responsabiliza a criança e, principalmente, a adolescente, a partir

Criança e do adolescente define que são crianças as pessoas com até doze anos de idade incompletos e adolescentes aqueles entre doze e dezoito anos de idade, prevendo medidas sócio-educativas a estes (art. 112) e medidas de proteção aos primeiros (art. 101).

¹⁵² LOWENKRON, Laura. *(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 730.

¹⁵³ ALEIXO, Klelia Canabrava. *Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral*, p. 9.

¹⁵⁴ **Art. 218-B.** Submeter, induzir ou atrair à prostituição sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

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

§1º e 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 (quatorze) 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 uma acusação moral de promiscuidade, assumindo como voluntária a condição de prostituição das jovens".¹⁵⁵

[...] pensar na prostituição como opção faz sentido, quando se entende que ninguém é obrigado a fazer algo que não quer. De tal modo, alguns poderiam indagar se, caso não fosse uma escolha da própria mulher que se prostitui, não estariam excluídos o livre arbítrio e a possibilidade de dizer sim ou não. Compreende-se todavia por opção a faculdade de fazer uma escolha dentre várias alternativas. Esta escolha é pautada por valores éticos e morais que influenciam as condições objetivas e subjetivas presentes nos sujeitos sociais e no cotidiano. Visa atingir anseios de uma perspectiva considerada melhor. Opção é uma ação e, portanto, ao realizá-la, nega-se uma condição anterior, colocando-se em outra. Ou seja, opção são as possibilidades que foram construídas e que vão afetar o seu meio, os sujeitos e as suas relações com outros sujeitos. Ao compreender o conceito de opção, é possível apontar para o caminho no qual escolhas não são isentas de determinações externas aos sujeitos.¹⁵⁶

Nesse sentido, seria possível que há poder de escolha quando uma adolescente opta em se prostituir? A pergunta se dá no sentido de que se existe a compreensão por parte da adolescente quanto as opções e as consequências de “se doar por completo, dividir sua maior intimidade, se submeter às maiores violências contra si mesmo”.¹⁵⁷

Conforme Laura Lowenkron, a vulnerabilidade dessas vítimas e a necessidade da proteção estão “fortemente associadas à ideia de vulnerabilidade social, articulado ao problema da miséria, das famílias desestruturadas, das drogas, etc”. A autora também ressalta que esse problema está associado a uma vulnerabilidade de gênero e de classe, além da idade.¹⁵⁸

Em decorrência dessa vulnerabilidade que a lei 12.015/09, ao tratar do vulnerável prostituído, amplia a abrangência da vulnerabilidade tutelada pelo CP. O art. 218-B dispõe sobre o crime de "favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável". Esse tipo penal incrimina o favorecimento à

¹⁵⁵ LOWENKRON, Laura. *Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas?* p. 19.

¹⁵⁶ FERREIRA, Isabel Bernardes; PEREIRA, Mayra Cardoso. *Prostituição: opção ou determinação social?* Disponível em: http://www.pucsp.br/iniciacaocientifica/20encontro/downloads/artigos/ISABEL_BERNARDES_FERREIRA_e_MAYRA_CARDOSO_PEREIRA.pdf. Acessado em: 22/08/2013.

¹⁵⁷ ALEIXO, Klelia Canabrava. *Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral*, p. 9.

¹⁵⁸ LOWENKRON, Laura. *Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas?* p. 25.

prostituição daqueles portadores de enfermidade ou deficiência mental que lhes retire o discernimento, e menores de 18 anos. Observa-se que o legislador utiliza critérios diferentes para delimitar quem caracteriza como vulnerável, uma vez que aumenta a idade limite, bem como não prevê a figura da pessoa que por qualquer outra causa, não pode ofertar resistência.

[...] entenda-se que o legislador quis realmente conferir o "status" de "vulnerável" aos antigos beneficiários da "presunção de violência", nos termos do revogado artigo 224, "a" a "c", CP, de acordo com o disposto no artigo 217 – A, CP. Esta seria uma definição mais genérica de "vulnerável" que se poderia extrair da lei. No entanto, no decorrer do diploma e de acordo com as peculiaridades de cada tipo penal, o legislador teria se utilizado de critérios diferenciados para a consideração de certos sujeitos passivos como "vulneráveis", a exemplo do que ocorre no artigo 218 – B, CP, em que a vulnerabilidade etária é ampliada e excluída a vulnerabilidade pela incapacidade de resistência por outros motivos que não a idade ou a doença ou debilidade mental incapacitantes. Assim sendo, confere-se uma plasticidade à definição de "vulnerável", a qual possibilita de alguma forma uma orientação para a interpretação da matéria.¹⁵⁹

O bem jurídico tutelado por esse tipo penal é a liberdade sexual (inclusive a integridade e a autonomia sexual).¹⁶⁰ Importante analisar aqui que já não se fala mais em incapacidade de discernimento para a prática de atos sexuais, uma vez que é considerado capaz os maiores de 14 anos. O tipo do art. 218-B trata da “ausência de escolha” dos vulneráveis, enfatizando a condição passiva das adolescentes que se envolvem nessa atividade.

Pautando-se nessa dimensão que nega escolha ao vulnerável, especial atenção deve ser dada ao §2º do art. 218-B, pelo qual, para proteger o vulnerável que foi submetido à exploração sexual, “o legislador decidiu punir, além do aliciador, o cliente que pratica a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com o menor de 18 e maior de 14 anos”. Desse modo, Guilherme de Souza Nucci critica que não houve preocupação legislativa com o princípio da proporcionalidade. Pois serão punidos com reclusão de 4 a 10 anos tanto a pessoa que submete, induz, atrai menor de 18 anos para ser sexualmente explorado, a pessoa que impede ou dificulta o abandono da exploração pelo vulnerável, a pessoa que efetivamente pratica o ato sexual com

¹⁵⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Rufianismo, favorecimento à prostituição de vulnerável e art. 244-A do ECA. Os dilemas criados pela lei 12.015/09*. JUSNAVEGANDI, jun.2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13346/rufianismo-favorecimento-a-prostituicao-favorecimento-a-prostituicao-de-vulneravel-e-artigo-244-a-do-eca#ixzz2hZAQR00>. Acessado em: 06/09/2013.

¹⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249*, p. 623.

o vulnerável e o proprietário, gerente ou responsável pelas práticas, serão punidos com reclusão de 4 a 10 anos. Ao passo que esse doutrinador levanta o questionamento de ser típica a conduta de praticar conjunção carnal ou outro libidinoso com alguém menor de 18 e maior de 14 anos que se exponha voluntariamente e por sua conta própria à prostituição¹⁶¹, Plínio Antonio Britto Gentil, em sentido oposto, levanta outra questão: “Terá sido a intenção do legislador punir mais brandamente a conduta de quem mantém conjunção carnal ou prática ato libidinoso com pessoa já prostituída, mesmo que deficiente mental ou simplesmente criminalizar o ato de ter relação sexual ou praticar libidinagem com maior de 14 e menor de 18 anos, mentalmente são e prostituído, mesmo sem violência ou grave ameaça?”¹⁶².

Tendo em vista não se tratar do foco do presente trabalho a idade para a prostituição, mas sim para a prática sexual em si, o que resta falar é que parece-fora de dúvida que, embora prostituída, sendo a vítima menor de 14 anos, deficiente mental ou não, o crime será o de estupro como previsto no art. 217-A, caput.¹⁶³ Isso porque, os julgadores entendem que o costume não revoga a lei, não se podendo admitir que, mesmo a menor já se encontrando em atividade sexual tenha discernimento necessário sobre o seu corpo, o agente fique ileso da responsabilidade criminal.¹⁶⁴

¹⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza; MONTEIRO, André Vinícius; GEMIGNANI, Daniel; MARQUES, Ivan Luís. *Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrito pelo Código Penal (arts. 218-A e 218-B, introduzidos pela Lei 12.015/2009)*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, ano 18, n.86, p. 9-35. São Paulo : Revista dos Tribunais, set-out., 2010, p. 30.

¹⁶² GENTIL, Plínio Antônio Britto. *O novo estatuto legal dos crimes sexuais. Do estupro do homem ao fim das virgens*, p. 11.

¹⁶³ GENTIL, Plínio Antônio Britto. *O novo estatuto legal dos crimes sexuais. Do estupro do homem ao fim das virgens*, p. 11.

¹⁶⁴ PANDINI, Marina Brunetto. *A relativização no julgamento dos crimes de estupro de vulneráveis menores de 14 anos*. [2012]. Disponível em: <http://www.pesquisedireito.com/artigos/penal/a-relativizacao-no-julgamento-dos-crimes-de-estupro-de-vulneraveis-menores-de-14-anos>. Acesso em: 06/10/2013.

4 QUEM É O SUJEITO PASSIVO TUTELADO PELO TIPO “ESTUPRO DE VULNERÁVEL”?

Apesar da interpretação literal do art. 217-A, pela qual concluir-se-ia haver uma presunção absoluta de vulnerabilidade nas vítimas menores de 14 anos¹⁶⁵, boa parte da doutrina e jurisprudência entende pela sua relativização, uma vez que “a máquina judiciária não pode se abster de raciocinar, ou seja, de que cabe aos juízes o papel de flexibilizar as leis, por meio da atividade interpretativa para acompanhar a mudança dos costumes.¹⁶⁶

O amplo espaço interpretativo do tipo penal, para Bruno Salles Pereira Ribeiro, advém, também, da definição imprecisa do objeto jurídico de proteção da norma jurídico-penal. Conforme visto anteriormente, o bem jurídico tutelado pelo tipo penal é a dignidade sexual do menor de 14 anos. Porém, o conteúdo material do termo “dignidade” traz alguns questionamentos. Isso porque tem sua origem conceitual na “dignidade da pessoa humana”, a qual “carece de uma definição precisa e satisfatória a orientar a aplicação da norma penal”. A imprecisão conceitual advém de ordem subjetiva e também coletiva, tomando-se o conceito de pessoa humana como de “gênero humano”. O perigo dessa definição está na forte carga valorativa que se estende por trás do conceito de dignidade humana, fazendo-nos voltar à proteção da moral sexual.¹⁶⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana aporta o significado de que o ser humano é um valor em si mesmo, devendo ser preservado independente de características históricas, políticas, sociais, econômicas ou de qualquer outra espécie, havendo-se de impedir a instrumentalização do homem, de modo que jamais perca sua essência de humanidade. Em outras palavras, quando se assenta sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, busca-se evitar que o homem deixe de ser homem, de que lhe sejam retiradas, alteradas ou modificadas suas características inerentes, transformando-se em objeto. Tal formulação não pode ser trasposta para o valor da sexualidade.

Conforme delineamos, a sexualidade é uma característica fundamental e inerente à pessoa humana e, como tal, deve ser protegida e tutelada pela esfera penal. Ocorre, entretanto, que a sexualidade jamais poderá ser tomada com um fim em si mesmo. Da mesma forma, será impossível tratar

¹⁶⁵ Segundo a análise hermenêutica gramatical/literal, voltando-se para a vontade do legislador que afirma de forma expressa na Exposição de Motivos do Projeto de Lei que “trata-se de objetividade fática”.

¹⁶⁶ LOWENKRON, Laura. *(Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 728.

¹⁶⁷ RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *Dignidade sexual e liberdade de autodeterminação sexual*. Boletim IBBVRIM – ano 18, nº 27, dezembro/2010, p. 14-15.

da sexualidade humana, destituindo-se de suas características histórico-sociais, sob pena se professar a existência de uma sexualidade ideal, a qual certamente, se permeia de conteúdo moral e não poderia atender às condições de uma sociedade pluralista calcada no modelo liberal de Estado. Assim, a nosso entender, aceitar a designação “dignidade sexual” serve aos anseios de se fundamentar de maneira ampla qualquer comportamento contrário à moral, sendo certo que a vacuidade do conceito permite que seja preenchido com o conteúdo material de maneira arbitrária, mesmo que seu fundamento encontra-se calcado em uma ordem moral.¹⁶⁸

Dessa forma, tendo em vista a escolha legislativa em tutelar a dignidade sexual, parte-se da premissa de que o direito deve impor restrições à liberdade, procurando os comportamentos eticamente justificáveis para que possam ser assegurados e coibindo os comportamentos não justicáveis. Para o sistema jurídico penal, quais são os comportamentos considerados adequados e, assim, dignos de tutela ou de repressão? Quais são os sujeitos considerados dignos de proteção pelo Direito Penal? Para abordar tal questão, a análise deste capítulo se voltará a três aspectos: a idade, o gênero e a “honestidade” da vítima.

4.1. VULNERABILIDADE PELA IDADE: CONTROLE DA SEXUALIDADE DOS ADOLESCENTES

A partir da convenção sobre os direitos da Criança, em 1989, as crianças e adolescentes passaram a ser concebidos como sujeitos de direitos. Instaurando-se o compromisso constitucional de protegê-los como tarefa coletiva do Estado, da família e de toda a sociedade, conforme o art. 227, da Constituição. Assim, as práticas públicas adotaram e adotam os “cuidados” e a “proteção por vulnerabilidades ou riscos”. Tal ideia advém de uma visão a partir do modelo deficitário de pessoa, pois pauta-se por aquilo que lhe falta e não pelo que ela/ele quer ser, indo em direção oposta ao status de sujeito de direito lhe dado. “Esse discurso e sua prática consequente deixavam, de ordinário, a definição aos adultos do que se lhe há de suprimir e garantir, tomado como paradigma referencial aquilo que ‘devem se tornar no futuro’, segundo uma visão adultocêntrica”.¹⁶⁹

¹⁶⁸ RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *Dignidade sexual e liberdade de autodeterminação sexual*, p. 14-15.

¹⁶⁹ NETO, Wanderlino Nogueira. *Adolescentes em conflito com a lei, privados de liberdade e o direito a visitas íntimas. Garantia dos direitos sexuais do socioeducando, no marco dos Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 81, p. 385-407, nov-dez., 2009, p. 396.

Uma variada gama de estudos relacionada a um determinado conceito de desenvolvimento de crianças e adolescentes tem sido usados para justificar as práticas psicológicas, sociais e políticas de enfrentamento ao abuso e à exploração sexual.

A noção restrita de desenvolvimento levou à reducionista psiquiatrização da infância e adolescente, de acordo com a qual o desenvolvimento seria um processo que atuaria sobre a vida psicológica e orgânica de todos os indivíduos, podendo um critério temporal servir de norma.¹⁷⁰

Prova disso é o voto do ministro Carlos Velloso, no REsp. 1.021.634/SP, que afirma que a psicogênese da criança é concebida pela psicologia do desenvolvimento, ou seja, de que o amadurecimento cognitivo é um processo biológico, portanto, a idade é um fator determinante para avaliar o desenvolvimento da criança. Dessa forma, Velloso afirma que “não há dúvida de que o legislador, ao fixar o limite de 14 anos, teve em mente a psicogênese da criança [...]. É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer”.¹⁷¹ O ministro parte de dois fundamentos, a incapacidade de autocontrole em relação a jovens da faixa etária da vítima e “a natureza biológica dos institutos sexuais, que afloram na adolescência, tornando as meninas púberes mais vulneráveis; e a ignorância sobre as consequências dos atos. Dessa forma, o fenômeno biológico enfatizado nessa argumentação é a “puberdade”, que estaria associada a um período de perturbação psíquica que, somada à pouca experiência, tornaria frágil a vontade do “adolescente”.¹⁷² Nas palavras do ministro:

É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do seu corpo, cede, com mais facilidade aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as consequências do ato. O instinto sexual tende a prevalecer [...]. A menor afirmou que “pintou vontade” de realizar o coito. Quando, entretanto, teria “pintado essa vontade”? montaram na motocicleta, pararam, passaram a trocar beijos o

¹⁷⁰ NETO, Wanderlino Nogueira. *Adolescentes em conflito com a lei, privados de liberdade e o direito a visitas íntimas. Garantia dos direitos sexuais do socioeducando, no marco dos Direitos Humanos*, p. 396.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9/MG. Rel. min. Marco Aurélio Mello., j. 21 maio 1996, Diário Oficial da União, 20 set. 1996 p 34.535. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em 10. Set. 2013.

¹⁷² LOWNKRON, Laura. (*Menor*) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF, p. 738.

ora paciente a passar a mão no seu corpo. Ora, menina moça, de 12 anos, depois disso, teria que ter vontade de realizar o ato sexual. Não “pintasse vontade” se ela não fosse humana, quase mulher. O paciente é que, com 24 anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o coito, de induzi-la ao coito. Ao que leio das declarações, ela foi induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias.¹⁷³

Por esse voto, percebemos que o ministro reconhece o desejo sexual das crianças e adolescentes, referindo-se a eles como natural, só não ocorrendo se a vítima não fosse “humana”. Em contrapartida, afirma que a vulnerabilidade se dá por ainda não terem desenvolvido a capacidade de autocontrole de seus instintos. Assim, partindo-se de uma visão adultocêntrica, os direitos relacionados à tutela da criança e adolescente partem-se da sua violência (abuso sexual, exploração, pedofilia, etc.) e não da proteção do direito em si. É perceptível que a tutela resguardada sob o termo “vulnerável” trata de um controle da sexualidade das crianças e adolescentes. Com a justificativa de proteção ao desenvolvimento regular da sexualidade deles, o sistema jurídico penal transformou a natural experiência sexual em crime. De tal modo, o exercício da sexualidade por menores de 14 anos foi caracterizado como irregular, desviante e objeto de proibição.

A proteção que se quer dar a partir da proibição do exercício da sexualidade ignora como inere a própria constituição humana, insuscetível de uma abordagem legalista de regulação. Sobre a questão da regulação, Michel Foucault¹⁷⁴ aponta que a relação entre a sexualidade e a norma assume importância estratégica, pois, enquanto comportamento corporal, a sexualidade depende de um controle disciplinar, individualizante, por outro lado, se insere e adquire efeito em processos biológicos amplos que concernem não mais ao corpo do indivíduo, mas à população.¹⁷⁵

Poucas são as previsões legais sobre o reconhecimento e garantia dos direitos sexuais de crianças e adolescentes, no ordenamento jurídico brasileiro. Nas raras vezes em que há previsão legal, eles são vistos como: assexuados ou de sexualidade reprimida; sujeitados à tutela e ao domínio dos pais; e carecedores

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9/MG. Rel. min. Marco Aurélio Mello., j. 21 maio 1996, Diário Oficial da União, 20 set. 1996 p 34.535. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em 10. Set. 2013.

¹⁷⁴ FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France. Apud. ALEIXO, Kleila Canabrava. *Problematização sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral*.

¹⁷⁵ ALEIXO, Kleila Canabrava. *Problematização sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral*.

meramente de proteção especial. Em face desse tratamento, a regulação de sua sexualidade tem um viés repressivo e controlador, focando-se na responsabilização/criminalização dos agressores. “Constata-se ainda hoje no país a ocorrência de muitos encaminhamentos produzidos a partir do embate entre os novos paradigmas emancipatórios dos Direitos Humanos e os velhos paradigmas de dominação, que se foram preponderantemente em ações limitadoras e ditas protetivas da sexualidade infanto-adolescente e não tanto, nas ações afirmativas em favor de uma sexualidade livre, saudável e prazerosa. Por exemplo, no Brasil, falar ainda hoje em ‘enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes’ e não da ‘garantia de seus direitos sexuais e reprodutivos’ é bastante sintomático do lugar social que reconhecemos a esses pretensos ‘sujeitos, mais vistos como ‘objetos’”.¹⁷⁶

O desafio que deve ser enfrentado é de incorporar à ótica do adulto o discurso dos interesses e desejos desses adolescentes, reconhecidos como direitos, segundo a perspectiva deles próprios. O motivo que leva à afirmação desse novo paradigma emancipatório foi o de se perceber o quanto havia de motivação moralista e pseudocientíficas no reconhecimento e defesa da pretensa “inocência e pureza da criança”, as quais justificam a proteção em caráter tutelar/repressor.¹⁷⁷

Flavia Rieth elaborou uma pesquisa, em que constatou que os adolescentes possuem total conhecimento acerca das relações sexuais e de suas consequências. Os jovens afirmam que a relação sexual advém de uma decisão decorrente da “segurança” de um relacionamento “sério” e a “certeza” dos sentimentos em relação ao outro.

Os depoimentos revelam o processo de decisão de se relacionar sexualmente com o namorado: o casal começa a conversar sobre o assunto, a troca de carícias se intensifica, algumas iniciativas masculina esbarram na resistência feminina, até que um dia, de repente, acontece de a jovem resolver não mais resistir. A iniciativa é masculina, mas conta com o consentimento feminino. Veja-se a trajetória sexual/amorosa de Francine. Francine, 19 anos, teve relações sexuais com o primeiro namorado quando tinha 13 anos e ele 17. Depois de três ou quatro meses de namoro, o casal

¹⁷⁶ NETO, Wanderlino Nogueira. *Adolescentes em conflito com a lei, privados de liberdade e o direito a visitas íntimas. Garantia dos direitos sexuais do socioeducando, no marco dos Direitos Humanos*, p. 402.

¹⁷⁷ NETO, Wanderlino Nogueira. *Adolescentes em conflito com a lei, privados de liberdade e o direito a visitas íntimas. Garantia dos direitos sexuais do socioeducando, no marco dos Direitos Humanos*, p.

resolveu “tentar”, porque ela gosta muito dele e “foi uma coisa que a gente foi descobrindo”.¹⁷⁸

Ainda sobre o tema, é necessário destacar que a arbitrariedade da escolha legislativa em eleger a idade de 14 anos como marco fronteiro entre a possibilidade de consento e o estupro de vulnerável por incapacidade de consentir validamente.

Ocorre que a idade eleita para caracterizar o tipo penal em questão está em dissonância com o resto do ordenamento jurídico. O Estatuto da Criança e do Adolescente define que crianças são as pessoas com até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquelas entre doze e dezoito anos de idade. Essa separação feita pelo legislador teve por base o início da maturação sexual do ser humano, vez que o aparecimento das primeiras regras se dá entre 9 e 13 anos. “Com o início da maturação sexual, inicia-se também, logicamente, as experiências sexuais. O tratamento dado pelo legislador ao menor perante o Código Penal difere com relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, pois aquele não o considera apto a escolher a realização do ato libidinoso”.¹⁷⁹

O Estatuto da Criança e do adolescente ainda faz outra distinção entre criança e adolescente, visto que este pode, até mesmo, vir a ser privado de sua liberdade caso cometa infração penal, o que não ocorre com menores de doze anos. Os adolescentes sofrem medida socioeducativa, pois a lei lhe atribui certa capacidade de discernimento.¹⁸⁰ “Não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considera-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal”.¹⁸¹ É visível que a justificativa mais plausível para essa discrepância nos tratamentos pauta-se em

¹⁷⁸ REITH, Flávia. A iniciação sexual na juventude de mulheres e homens. In: KNAUTH, Daniela Riva; VICTORA, Ceres Gomes (org.). Horizontes Antropológicos: Sexualidade e AIDS, p. 81. Apud. ARGEL, Alexandre Ayub. *Presunção de violência por motivo ético nos crimes sexuais: uma crítica transdisciplinar*, p. 60.

¹⁷⁹ FILÓ, Mauro da Cunha Savino. *O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de “estupro de menor vulnerável”*, p. 84.

¹⁸⁰ FILÓ, Mauro da Cunha Savino. *O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de “estupro de menor vulnerável”*, p. 85.

¹⁸¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatone S. *Presunção de violência no estupro de vulnerável: cometário à decisão da 3ª Seção Criminal do STJ no EREsp 1.021.634*. Revista Brasileira de Ciências criminais. Ano 20, vol 97, jul-ago/2012, p. 520.

discursos de cunho moralista, principalmente no que tange ao menor de 14 anos do sexo feminino.

Ainda em relação à idade, o argumento mais contundente nos julgados é quanto a descaracterização da menoridade é o erro de tipo. O primeiro tipo de argumentação é no sentido de que ele o acusado não poderia prever a menoridade da vítima, porque “ela tinha aparência e conduta de pessoa madura, não era mais virgem ou inocente, mas experiente e promíscua”.¹⁸² Segundo decisão do STF, “não se configura o crime de estupro se a suposta vítima, embora menor de 14 anos, aparenta idade superior, possui comportamento promíscuo e admite não haver sido constrangida a manter relações sexuais com o acusado, tendo-o feito por livre e espontânea vontade”.¹⁸³ Em outra oportunidade, “jurisprudência do Tribunal reconhece atipicidade do fato delituoso quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 anos”¹⁸⁴. Assim, para ser tutelada pelo Direito Penal “não basta ter uma certa idade, **é preciso parecer que a tem**”.¹⁸⁵ [grifo nosso]

O reconhecimento da precocidade na aparência física e na conduta é seguido de uma ‘precocidade’ no desenvolvimento psicológico. Trata-se uma concepção de que a pessoa se desenvolve de um modo integrado e coerente em todos os aspectos. Por essa perspectiva, madura fisicamente, experiente sexualmente, supõe-se que a menina tenha atingido também maturidade intelectual e moral para consentir. Para os ministros que validaram seu consentimento, a aparência e a conduta da menina foram consideradas mais importantes do que a idade biológica para descaracterizar a sua menoridade ao lhe retirar o direito de tutela legal para consentir de uma relação sexual.¹⁸⁶

Dessa forma, é possível apreender que a sexualidade dos menores de 14 anos é encarada por uma lente moralista e “adultocêntrica”, cujo tratamento pauta-se por sua via de proteção e de fortalecimento dos pais e dos agentes dos aparelhos

¹⁸² LOWENKRON, Laura. *(Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 725

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9/MG. Rel. min. Marco Aurélio Mello., j. 21 maio 1996, Diário Oficial da União, 20 set. 1996 p 34.535. Disponível em: <http://>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em 10. Set. 2013.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 79.788/MG, Rel. min. NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 01/05/2000, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 17-08-2001 PP-00052 EMENT VOL-02039-01 PP-00142. Disponível em: <http://>

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779953/recurso-em-habeas-corporis-rhc-79788-mg>. Acesso em: 15.set.2013.

¹⁸⁵ LOWENKRON, Laura. *(Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 739

¹⁸⁶ LOWENKRON, Laura. *(Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF*, p. 726.

de controle. Sendo que tais práticas públicas são feitas sob a justificativa baseada na psiquiatrização da infância e adolescência, pela qual o desenvolvimento incompleto de tais indivíduos, segundo um critério temporal, os tornam pessoas deficitárias. Porém, como analisado no ponto 2.2.3 (Menoridade e consentimento) do presente trabalho o desenvolvimento de um indivíduo não pode ser medido somente pelo critério etário, uma vez que há outros fatores que devem ser analisados. Restando claro que o marco etário estabelecido pelo legislador, qual seja 14 anos parte de uma imprecisão biológica, sendo relativizado. Dessa forma, o Sistema Judicial Criminal seleciona como vítimas aquelas que devem ter sua sexualidade controlada, uma vez que é negada a existência de interesse sexual às crianças e adolescentes. Por outro lado, descaracteriza a menoridade quanto os menores de 14 anos, especialmente quando se trata das meninas, quando elas aparentam ser mais velhas.

4.2. VULNERABILIDADE PELO GÊNERO: A ADOLESCENTE MULHER COMO VÍTIMA

Além da idade da vítima, outro fator que deve ser analisado para compreender quem é o sujeito tutelado pelo tipo “estupro de vulnerável” é o gênero. O presente trabalho tem como tema a mulher vítima de estupro de vulnerável, por esse motivo não serão analisados os casos em que o homem é o sujeito passivo. A razão de o foco estar na vítima mulher respalda-se tanto por serem as maiores vítimas do “estupro de vulnerável”, quanto, e principalmente, pelas razões da ocorrência de tal fato.

Primeiramente, é necessário uma breve incursão sobre a construção social do gênero no patriarcado. A ordem social funciona de forma simbólica, em que a esfera pública (papéis patrimoniais) tem seu protagonismo reservado ao Homem como sujeito produtivo, mas refere-se somente ao homem estereotipado como racional/ ativo/ guerreiro/ viril / público/ possuidor. Em contrapartida, a esfera privada (papéis matrimoniais) tem seu protagonismo reservado à mulher, construída como criatura emocional/ subjetiva/ passiva/ frágil/ impotente/ pacífica/ recatada/ doméstica/ possuída.

Criou-se uma dupla tábua de valores determinando características consideradas 'normais' para cada sexo, a qual visivelmente delega ao macho os privilégios da autonomia e, à fêmea, os estereótipos da incerteza. Da mulher se espera passividade, dependência, insegurança, docilidade, compaixão, fragilidade, coquetismo, beleza e monogamia, ou seja, 'feminilidade'. Do homem, esperamos que seja agressivo, seguro independente, frio, assertivo, forte, autos-suficiente e polígamo, símbolo de 'masculinidade'.¹⁸⁷

Esse simbolismo ratifica a dominação masculina e é tido de tal forma como natural, que é reproduzido, sem que se tenha consciência ou intenção.

Estamos perante o simbolismo de gênero com sua poderosa estereotipia e carga estigmatizante. Este simbolismo (enraizado nas estruturas) que homens e mulheres, no entanto, reproduzem apresenta a polaridade de valores culturais e históricos como se fossem diferenças naturais (biologicamente determinadas) e as pessoas do sexo feminino como membros de um gênero subordinado, na medida em que determinadas qualidades, bem como o acesso a certos papéis e esferas (da Política, da Economia e da Justiça, por exemplo) são percebidos como naturalmente ligados a um sexo biológico e não ao outro.¹⁸⁸

Essa divisão estereotipada também é produzida e reproduzida no âmbito familiar. Depois que nascem, meninos e meninas começam a receber tratamento diferente de seus progenitores e outros familiares. Desde cedo, as meninas têm sua autonomia restringida e são superprotegidas. Enquanto os meninos tem a sua individualidade protegida, sendo os pais mais tolerantes.

As meninas são superprotegidas, como todas as conotações de destrutividade dos anseios de autonomia que tal atitude acarreta. Permite-se que chorem com mais frequência e por motivos irracionais, que as enfeitem em demasia a ponto de lhes tolher os movimentos, que as tratem com elogios que aludem excessivamente à beleza física. As mães são mais severas e rígidas com as filhas em relação ao comportamento (andar, sentar-se desta ou daquela maneira), uso de linguagem "adequada" e limpeza. Solicitam mais a ajuda delas nas tarefas domésticas e preferem que permaneçam dentro dos perímetros da residência (temos ao estupro

¹⁸⁷ TOLEDO, Regina Antonia G. de; LINS, Vera L. de O.; WINOGRON, Ana Maria; MOTA, Clarice, N. A dominação da mulher. Os papéis sexuais na educação. 3ª ed. Petrópolis : Ed. Vozes Ltda, 1985, p. 9.

¹⁸⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista Subsequência, nº50, jul. 2005, p. 85.

colocado por Susan Brownmiller que define como “nada mais nada menos do que um processo consciente de intimidação pelo qual todos os homens mantêm todas as mulheres em estado de medo”). [...]

Já os meninos tendem a ser mais protegidos em sua individualidade, sendo os familiares menos rígidos e mais tolerantes para com seu comportamento. É uma relação menos conflitante quanto a expectativas, pois o que se espera dos meninos corresponde mais ao que é encontrado e aceito como comportamento normal nas crianças em geral.¹⁸⁹

Toda a mecânica de controle (enraizada nas estruturas sociais) é constitutiva/reprodutora das profundas assimetrias de que, afinal, engendram-se e alimentam os estereótipos, os preconceitos e as discriminações.

E nós interagimos cotidianamente na mecânica (inseridos que estamos em relações de poder nem sempre percebidas, sendo sujeitos constituídos e constituintes, controlados e controladores), particularmente na dimensão simbólica da construção social da criminalidade/vitimização, representada por nosso microssistema ideológico que procede a microseleções cotidianas, ao associar, estereotipadamente, criminosos com homens pobres, desempregados de rua com perigosos, estupradores com homens de lascívia desenfreada, vítimas com mulheres frágeis etc., e reproduz o SJC.¹⁹⁰

Por sua vez, o sistema de justiça criminal contribui para reproduzir e (re)legitimar o capitalismo e o patriarcado como um controle classista e sexista. Reproduzindo a violência estrutural e recriando os estereótipos, principalmente no campo da moral sexual. “A forma como estes sistemas de controle e seus agente veem as mulheres cria e reproduz os estereótipos de gênero”.¹⁹¹ Assim, o sistema de justiça criminal expressa e reproduz a estrutura e o simbolismo de gênero, atuando residualmente no âmbito do controle social informal, “mas este funcionamento residual reforça o controle informal masculino e feminino, e os respectivos papéis e estereótipos a que devem se manter confinados”. Vera Regina Pereira de Andrade afirma que trata-se de um sistema duplamente subsidiário ou residual:

¹⁸⁹ TOLEDO, Regina Antonia G. de; LINS, Vera L. de O.; WINOGRON, Ana Maria; MOTA, Clarice, N. A dominação da mulher. *Os papéis sexuais na educação*, p. 14-15.

¹⁹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 80-81.

¹⁹¹ CAMPOS, Carmem Hein de. *A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil*. Artigo no livro: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Verso e reverso do controle penal : (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2002, p. 143.

Em primeiro lugar, funciona como um mecanismo público (masculino) de controle dirigido primordialmente aos homens como operadores de papéis masculinos na esfera pública da produção material e a pena pública é o instrumento deste controle [...]

Neste sentido podemos dizer que o SJC é androcêntrico porque constitui um mecanismo masculino de controle para o controle de condutas masculinas, em regra geral, praticadas pelos homens, e só residualmente feminino.

Em segundo lugar, o mecanismo de controle dirigido às mulheres, como operadoras de papéis femininos na esfera privada, tem sido, nuclearmente, o controle informal materializado na Família (pais, padrastos, maridos), dele também co-participando a escola, a religião e a moral e, paradoxalmente, a violência contra a mulher (crianças, jovens e adultas), dos maus-tratos à violência e o homicídio, reveste-se muitas vezes aqui de pena privada equivalente à pena pública.¹⁹²

Assim sendo, aos homens era atribuído o estereótipo de poderosos e produtivos, recebendo o “ônus” da periculosidade e da criminalização; às mulheres de frágeis, recebendo o “bônus” da vitimização.

O estereótipo de homem ativo no espaço público é o correspondente exato do estereótipo de criminoso perigoso no sistema penal. Mas não qualquer homem, o homem ativo-improdutivo. O poder colossal que o patriarcado dota o homem e o gênero masculino, o capitalismo culmina por solapar.

O estereótipo da mulher passiva (objeto-coisificada-reificada) na construção social do gênero, divisão que a mantém no espaço privado (doméstico), é correspondente exato do estereótipo da vítima no sistema penal. Mas não, como veremos, qualquer mulher.

As mulheres não correspondem, em absoluto, ao estereótipo de criminoso, mas ao de vítima.¹⁹³

A dominação masculina também manifesta-se nos crimes sexuais, sendo um fenômeno da estrutura de poder. “Constatamos que ou a força ou a ira dominam, e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual, que se ocupa muito mais com o status, agressão, controle e domínio do que com o

¹⁹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 88.

¹⁹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 87.

prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviços de necessidades não sexuais”.¹⁹⁴

Portanto, seja através dessa expressão extremada do domínio masculino (estupro com violência real) ou então como forma de enxergar a mulher, preponderante, como vítima, a ser guardada e protegida pelo homem, o sujeito do estupro de vulnerável é, em sua maioria, mulher.

4.3. VULNERABILIDADE POR CRITÉRIOS MORAIS: A LÓGICA DA SELETIVIDADE À SUBLÓGICA DA HONESTIDADE

Conforme analisado nos capítulos anteriores, a sexualidade da mulher sempre foi vigiada e controlada, de tal forma que o núcleo do controle feminino no patriarcado é o controle da sexualidade (que implica na preservação da virgindade e no zelo pela reputação sexual).¹⁹⁵ Isso transparece no recorte dado pelo sistema judicial criminal que trata como violência sexual a violência contra mulher, sendo ela quem aparece, explicitamente, como a vítima desse tipo de violência.

Ocorre que, diferentemente do que preconizam o discurso jurídico penal e o senso comum, os crimes sexuais são condutas majoritárias e ubíquas e não de uma minoria “anormal”. Prova alarmante disso é o relatório do Fórum de Segurança Pública, o qual informa que o número de estupros no Brasil foi maior do que o de homicídios dolosos, em 2012. Com aumento de 18,17% em relação a 2011, os casos equivalem a 26,1 estupros por grupo de 100 mil habitantes.¹⁹⁶ A violência sexual, em grande parte, é cometida por homens “normais” e no cotidiano da mulher, praticada como uma demonstração de força para intimidar a mulher e não para a realização do prazer.¹⁹⁷ Apesar disso, há um estereótipo que continua agindo no sistema judicial criminal, “condicionando tanto a seleção quanto a impunidade, pois embora domine a violência familiar e entre conhecidos, a seleção se dá fora

¹⁹⁴ KOLODY, Robert, C.; Msters, Willian H.; JOHNSON, Virginia e. Manual de medicina sexual. Tradução por Nelson Gomes de Oliveira, São Paulo : Manole, 1982. p. 430-431. Apud. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 87.

¹⁹⁵ CAMPOS, Carmem Hein de. *A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil*, p. 145.

¹⁹⁶ O Globo. Número de estupros no país supera o de homicídios dolosos, diz estudo. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/11/numero-de-estupros-no-pais-supera-o-de-homicidios-dolosos-diz-estudo.html>. Acesso em: 04/11/213.

¹⁹⁷ CAMPOS, Carmem Hein de. *A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil*, p. 145.

dela: os etiquetados como estupradores, ao que tudo indica, são estranhos à vítima e, naturalmente, pertencem aos baixos estratos sociais”.¹⁹⁸

Da mesma forma ocorre uma seletividade sobre quem é considerada vítima pelo sistema penal. Nos crimes sexuais há uma lógica específica, denominada por Vera Regina Pereira de Andrade de “lógica da honestidade”, “na medida em que se estabelece uma grande divisória entre as mulheres consideradas honestas (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres desonestas (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado da mulher”.¹⁹⁹ Para ilustrar melhor essa seletividade penal, o delegado Eduardo Luiz Santos Cabette traz dois casos de estupro coletivo, que ocorreram em 2012, e tiveram grande destaque na mídia.

Os casos acima referidos são o da universitária indiana de 23 anos que foi violentada e espancada por 6 homens, sendo 1 menor de idade, dentro de um ônibus, em Nova Deli, quando voltava da Universidade em que estudava e o caso das duas jovens de 16 anos, brasileiras, que foram estupradas pelos 6 integrantes das banda baiana New Hit, dentro do ônibus da banda.

O caso da universitária indiana chocou o mundo colocando em xeque as autoridades indianas que tentavam há muito tempo esconder esses fatos da mídia internacional. Infelizmente a jovem não aguentou os ferimentos e veio a falecer. Já no caso das duas jovens, elas foram até o ônibus da banda New Hit para pegaram autógrafos com os integrantes da banda, elas foram convidadas para entrar no ônibus quando os integrantes as agarraram, uma foi levada para o fundo do ônibus e a outra para o banheiro onde os homens se revezavam no ato de violência. Isso foi constatado por um exame feito nas roupas íntimas das meninas onde foram achados vestígios de sêmen de diversos homens.

Em ambos os casos podemos verificar que as mulheres não tiveram chance de defesa frente à quantidade de homens e a pouca força física para lutar contra eles, os momentos que passaram por essa violência devem, para elas, terem parecido uma eternidade e para as jovens brasileiras resta o trauma que levarão para o resto da vida.

Mas, aos olhos da sociedade esses casos, tirando o fato de serem estupros coletivos, não têm nenhuma semelhança. A jovem indiana estava voltando da Universidade, ela é “mulher honesta”, já as garotas brasileiras menores de idade não tinham que estar naquele local, num show onde as letras são repletas de duplo sentido e a coreografia da banda é explicitamente sexual. E mais, o que elas foram fazer dentro de um ônibus cheio de homens, “elas estavam querendo”? Essas palavras horríveis contra as meninas podem ser vistas em comentários nas reportagens que saem na internet sobre o caso, há comentários ainda mais grosseiros questionando se os pais dessas meninas também não teriam culpa por deixar as garotas irem nesse tipo de

¹⁹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 97.

¹⁹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 91.

show. Já nos comentários sobre a jovem indiana, nos deparamos com outro pensamento de que os agressores são monstros, de que Deus ajude a família da jovem, entre outros, demonstrando um profundo sentimento de empatia com a vítima.²⁰⁰

A violência, então, é caracterizada de acordo com o comportamento da mulher. Isso acontece de tal forma que, no processo penal, a sexualidade da vítima é vasculhada e analisada como prova da ocorrência ou não da violação do bem jurídico tutelado, qual seja a dignidade sexual. Para mulher está em jogo “a sua inteira reputação sexual, que é – ao lado do status familiar- uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimização sexual feminina quanto a variável status social é para a criminalização masculina”.²⁰¹ É possível observar que o controle formal é exercido na esfera da sexualidade feminina, buscando manter o papel sexual submisso da mulher. “Então, uma mulher que não ‘obedece’ o marido violento ou desrespeita o pai autoritário, não cumpre o seu papel de forma satisfatória na sociedade, pois não respeita o homem que está lá para dar-lhe o status social de ‘mulher honesta’”.²⁰² Assim, o Sistema Judicial Criminal distribui a vitimização sexual feminina com o mesmo critério que a sociedade distribui sua honra e a reputação: a conduta sexual.²⁰³

Ocorre que nesses tipos de crimes, a obtenção de provas é difícil, pois geralmente a mulher é a única testemunha. “Como vítima, está totalmente subordinada ao processo penal, à polícia, a o Ministério Público e ao juiz, podendo ser interrogada minuciosamente e passar por constrangimentos. Ou seja, de vítima passa a suspeita”.²⁰⁴ Isso resulta em uma inversão de papéis, em que a vítima se vê obrigada a provar que é uma vítima real e não simulada. Para tanto, o processo penal vasculha sua moralidade (para ver se é ou não uma vítima apropriada), sua resistência (para ver se é ou não uma vítima inocente), sendo suas demandas contempladas com desconfiança e seu testemunho duvidoso. “A realidade é que a mulher só é considerada de confiança quando respeita todos os padrões

²⁰⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; PAULA, Veronica Magalhaes de. *Crime de estupro: até quando julgaremos as vítimas?* Jusnavegandi, mai.2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24465/crime-de-estupro-ate-quando-julgaremos-as-vitimas>. Acesso em: 15/09/2013.

²⁰¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 92.

²⁰² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crime de estupro: até quando julgaremos as vítimas?*

²⁰³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 92.

²⁰⁴ CAMPOS, Carmen Hein de. *A contribuição da Criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil*.

considerados morais pela sociedade machista”.²⁰⁵ Tal fato se torna mais evidente quando analisada a Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro de 1940, ao justificar a expressão “comportamento da vítima” introduzida no artigo 59²⁰⁶ do Código Penal Brasileiro pela reforma penal de 1984: “Faz-se referência expressa ao comportamento da vítima erigida, muitas vezes, em fator criminológico, **por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras moralidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes**” (grifo nosso). Por mais que a justificativa enunciada date de uma época cujos valores sociais e morais eram diferentes dos atuais, não é possível afirmar que ainda não haja fortes resquícios de tal pensamento.

Vera Regina Pereira de Andrade conclui afirmando que não se enquadram no estereótipo de vítima, as mulheres tidas como “desonestas” de acordo com a moral sexual:

[...] em suma, as mulheres estereotipadas como “desonestas” do ponto de vista da moral sexual, inclusive as menores e, em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, mas podem ser convertidas, com o auxílio das teses vitimológicas mais conservadoras, de vítima em acusadas ou réus num nível crescente de argumentação que inclui ela ter “consentido”, “gostado” ou “tido prazer”, “provocado”, forjado o estupro ou “estuprado” o pretense estuprador, especialmente se o autor não corresponder ao estereótipo de estuprador, pois corresponde-lo é condição fundamental para a condenação.²⁰⁷

O tratamento dado às crianças e adolescentes nos casos de estupro de vulnerável não é diferente. No REsp1.021.634/SP os discursos dos ministros para desconstruir a menoridade da menina valem-se da desconstrução da pureza, inocência e vulnerabilidade associada à imagem infantil. Conforme o ministro Maurício Corrêa:

²⁰⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crime de estupro: até quando julgaremos as vítimas?*

²⁰⁶ **Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

²⁰⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 94.

[...] tais circunstâncias inexistem (a hipótese de estupro de vulnerável), sobejamente comprovado eu a relação foi consentida, que **a jovem já não era mais virgem e que já havia mantido relações sexuais com outros parceiros, além de outros elementos informativos sobre a sua vida pregressa, e ademais que não conseguia ser contida sequer pelo pai, de quem não gostava.**

Pelo referido voto é possível analisar que a vulnerabilidade da vítima é relativizada tendo em vista suas experiências sexuais. Ou seja, para ser considerada vítima do tipo “estupro de vulnerável”, o processo penal analisa sua “vida pregressa” para encontrar indícios sobre sua “(des)honestidade” quanto a conduta sexual. Definindo dessa forma quem recebe a tutela do Estado (as honestas) e quem não recebe (desonestas). Ainda, para enfatizar a condição de “não-vítima”, o ministro afirma que a menina “não conseguia ser contida sequer pelo pai”, reafirmando a lógica de que a mulher que não é submissa ou não obedece à figura masculina do patriarcado, não deve receber o status de “mulher honesta”. A antropóloga Laura Lowenkron ressalta que “é possível sugerir que a antiga exigência de ‘honestidade’ feminina para garantia da proteção é transfigurada em exigência de ‘pureza’ infantil”.²⁰⁸

Por outro lado, há a situação das prostitutas menores de 14 anos, caso extremo do que é considerado mulher desonesta, ou então sem pureza ou inocência. A ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora do EREsp 1.021.634, ressalta a perversidade do Sistema Judicial Criminal em julgar a vítima como se ré fosse:

o Tribunal termina por converter injustamente a vítima do estupro em verdadeira ré, julgando-lhe a conduta e reprovando-a, consumadamente e sem qualquer defesa e com enormes efeitos jurídicos negativos, as atitudes, vícios, mazelas ou defeitos, como se fosse ela, a vítima, sujeito ao juízo de condenação em lugar do réu.

Até porque, por justiça, quando os votos que reconhecem o desvalor do comportamento da vítima invariavelmente ressalvam e lamentam o consentimento e a experiência precoce das vítimas, antes da pecha de corrompidas ou de “fazerem programas em troca de direito” como referiu o acórdão de segundo grau para justificar a atipicidade, deveriam garantir-lhes a dignidade e a oportunidade de manifestação, por si e defensor qualificado para tanto como a avaliação média de seu desenvolvimento psicoemocional, em respeito mínimo ao devido processo legal a que tem

²⁰⁸ LOWNKRON, Laura. *(Menor)idade e consentimento sexual*, p. 738.

direito constitucional. Do contrário, saem do processo, como no caso, com a reputação definitivamente destruída.²⁰⁹

Dessa forma, resta claro que a vulnerabilidade é relativizada também por critérios morais. Sendo, para o sistema criminal judicial, digna de tutela somente aquela que se enquadra no status de “mulher honesta”, ou então de “criança inocente e pura”. Só se encaixando como vítima determinadas crianças ou adolescentes que agem sob determinada conduta sexual, bem como submissa à figura masculina do modelo patriarcal.

4.4. A NECESSIDADE DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Vivemos no Brasil uma grave crise de legitimidade do sistema penal, afirma Vera Regina Pereira de Andrade. Referindo-se ao sistema penal como o conjunto de agências que exercem o controle da criminalidade ou controle penal. Tal fato evidencia-se pelo descumprimento de suas promessas, quais sejam:

1º) a promessa de proteção de bem jurídicos, que deveriam interessar a todos (isto é, do interesse geral), como a proteção da pessoa, do patrimônio, dos costumes, da saúde, etc.; 2º) A promessa de combate à criminalidade, através da retribuição e da prevenção geral (que seria a intimidação dos criminosos através da pena abstratamente cominada na Lei penal) e da prevenção especial (que seria a ressocialização dos condenados, em concreto, através da execução penal) e 3º) a promessa de uma aplicação igualitária.²¹⁰

No mesmo sentido, Carmem Hein de Campos:

[...] falsidade e a perversidade do discurso jurídico-penal deslegitimado pela real operacionalidade do sistema penal ao não cumprir os seus princípios de igualdade, legalidade, humanidade e culpabilidade declarados. O sistema penal é incapaz de proteger os direitos humanos. Assim, toda e qualquer

²⁰⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatone S. *Presunção de violência no estupro de vulnerável: comentário à decisão da 3ª Seção Criminal do STJ no EREsp 1.021.634*, p. 520.

²¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania*. Revista Sequência, n. 35, p. 42-49, out., 1996, p. 45.

proposta no campo penal deve visar à mínima intervenção e, no limite, à abolição do próprio sistema.²¹¹

Desse modo, Carmen Hein de Campo assevera que as mulheres não são tratadas pelo Direito Penal como sujeitos, pois a proteção penal se destina à família e à maternidade. Isso porque, como anteriormente analisado, nos crimes contra a dignidade sexual é a moralidade da mulher que norteia toda a proteção jurídica. Recebe tutela a mulher criada pelo discurso jurídico: a mulher honesta. “Esta expressão demonstra como o direito recria o gênero. Acionar ao sistema penal para proteger o direito das mulheres significa vitimá-las duplamente: pela violência já sofrida e pela violência institucional do sistema penal. Isto é, o direito penal é um campo de negatividade”.²¹² Assim, a violência institucional de que a mulher passa a ser vítima no processo penal se dá de duas formas:

1º) num sentido fraco, o sistema penal é ineficaz para proteger as mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero. Nesta crise se sintetiza o que venho denominando de “incapacidade preventiva e resolutória do sistema penal”; 2º) num sistema forte, o sistema penal duplica a vitimização feminina porque as mulheres são submetidas a julgamento e divididas. O sistema penal não julga igualmente pessoas, ele seleciona diferencialmente autores e vítimas, de acordo com sua reputação pessoal. No caso das mulheres, de acordo com a sua reputação sexual, estabelecendo uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas “honestas” (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres “desonestas” (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões da moralidade sexual impostas pelo patriarcalismo à mulher; e 3º) Num sistema fortíssimo, o sistema penal expressa e reproduz, do ponto de vista da moral sexual, a grande linha divisória e discriminatória das mulheres tidas como honestas e desonestas e que seriam inclusive capazes de falsear um crime horripilante como estupro, para reivindicar direitos que não lhe cabem.²¹³

²¹¹ CAMPO, Carmem Hein de. *A contribuição da Criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil*, p. 146.

²¹² CAMPO, Carmem Hein de. *A contribuição da Criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil*, p. 146.

²¹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania*, p. 47.

Contudo, “não se pode esquecer que o tratamento que o Sistema Judicial Criminal confere à mulher é o mesmo tratamento que o público senso comum lhe confere (e agora acrescento, as famílias, os maridos, os chefes, os homens e, inclusive, as mulheres)”. Vera Regina Pereira de Andrade conclui “o limite do sistema é, em nível macro, o limite da própria sociedade e, em nível micro, o limite das instituições e dos sujeitos: é o nosso próprio limite. Não existem modelos oficiais aos outros que não arrastem consigo as marcas deste limites”.²¹⁴

Sob pena de continuarmos reproduzindo o maniqueísmo e a culpabilização exteriorizada e exteriorizante do sistema, parece haver um duplo caminho a indicar e duas palavras-chave: inclusão e co-responsabilização; ou melhor, uma dupla inclusão do que parece ser o Outro (alter-outsiders): a) a nossa inclusão e co-responsabilização na mecânica da violência (e na sua superação) e b) a inclusão de homens e mulheres, como sujeitos, nas ações de violência e sua percepção, para além de estrutural e institucional, como relacional (intersubjetiva), o que implica conceder voz a todos os sujeitos, individuais (homens e mulheres) e coletivos (femininos e sistemas de justiça criminal) implicados, iniciando por problematizar a grande rubrica do feminismo: “violência contra a mulher”. A ultrapassagem das lógicas da seletividade e da honestidade (violência institucional que expressa violência estrutural), bem como a violência sexual, é, portanto, um desafio para todos. Precisamos, pois, a um só tempo, lutar por macro e microtransformações, num tempo de crise profunda nas relações sexuais e de gênero, e no qual não mais se legitimam, nem “desigualdades inferiorizadoras”, nem “igualdades descaracterizadoras”.²¹⁵

Muito do que se julga em relação à mulher está enraizado na cultura de algumas sociedades. Assim, não adianta o legislador imputar duras penas para o crime de estupro de vulnerável (majorando a pena em relação ao estupro do art. 213, em virtude da criação do novo tipo penal autônomo²¹⁶), se no momento do julgamento os magistrados, reproduzindo os estereótipos de gênero e partindo de premissas moralistas, ainda julgam com mais rigor a conduta da vítima do que do imputado.²¹⁷

²¹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 99.

²¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 100.

²¹⁶ A pena cominada para quem praticasse estupro contra pessoa menor de 14 anos era de 4 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão; se o crime fosse de atentado ao pudor, 3 (três) a 9 (nove) anos. Já o novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável menor de 14 anos prevê pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

²¹⁷ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crime de estupro: até quando julgaremos as vítimas?*

Portanto, o sistema penal não pode ser um fator de coesão e unidade entre as mulheres, porque atua, ao contrário como um fator de dispersão e uma estratégia excludente, recriando as desigualdades e preconceitos sociais.²¹⁸ Desse modo, o direito penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, ou seja, a intervenção jurídico-penal deve ser considerada como o último recurso, ao que se acode quando resultam ineficazes ou insuficientes outras formas de reação jurídicas ou extrajurídicas.²¹⁹ Nesse aspecto, se evidenciam dois princípios, da limitação punitiva e da lesividade.

A lesividade, portanto, se estabelece a partir de uma necessária seleção dos bens jurídicos a serem protegidos, no sentido de que só se punirão as condutas lesivas a bens de significativa relevância penal. Ainda, a lesão deve-se materializar na realidade, não se punindo as intenções como expressão da separação entre direito e moral. [...]. Nesse sentido, opera-se uma ruptura entre os juízos individuais internos (moral) e externos (direito).²²⁰

Conforme Juarez Cirino dos Santos:

O princípio da lesividade proíbe a cominação, aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em hipóteses de lesões irrelevantes, consumadas ou tentadas, contra bens jurídicos protegidos em tipos legais de crime. Em outras palavras, o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão de lesão de bem jurídico.

Por um lado, do ponto de vista qualitativo da natureza do bem jurídico lesionado, o princípio da lesividade impede criminalização primária ou secundária excludente ou redutora das liberdades constitucionais de pensamento, de consciência e de crença, de convicções filosóficas e políticas ou de expressão de atividade intelectual, artística, científica, garantidas pela Constituição da República acima de qualquer restrição da legislação penal. [...]

Por outro lado, do ponto de vista quantitativo da execução da lesão do bem jurídico, o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos. Nessa medida, o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como

²¹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania*, p. 47.

²¹⁹ RIPOLLES, Jose Luis Diez. *El derecho Penal ante el sexo (Límites, critérios de concreción y contenido del Derecho penal sexual)*. Barcelona : BOSCH, 1981, p. 242.

²²⁰ DARGÉL, Alexandre Ayub, *Presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais: uma crítica transdisciplinar*, p. 83.

a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade, etc.; não constituem crime.²²¹

Superada a análise, sem ambição de esgotar o tema, do direito penal mínimo quanto à vulnerabilidade pelo gênero, necessário se faz analisa-lo quanto à idade. Examinando o princípio da lesividade²²² supramencionado, há a noção de equivalência entre o valor do bem atingido pelo delito e o valor da liberdade restringida pela pena. Dessa forma, para se ter uma efetiva defesa dos mais fracos, “através de uma orientação garantista que minimalize os bens jurídicos penais, sejam mantidos apenas os delitos que protejam os direitos fundamentais ao convívio em sociedade”.²²³ Nesse sentido o questionamento que surge é: a realização de atos sexuais por, e com, menores de 14 anos realmente ofende o bem jurídico da dignidade sexual?

O legislador estabelece um modelo abstrato preciso de ação, buscando que essa não seja praticada por alguém. Quando tal conduta é praticada por alguém há subsunção perfeita da conduta prática ao modelo abstrato previsto na lei penal, ou seja, ocorre a tipicidade penal. Na análise da tipicidade material, deve-se levar em conta a ofensividade do fato ao bem jurídico tutelado no caso concreto.²²⁴

No estupro de vulnerável, a lesão do bem jurídico tutelado se dá com a ocorrência de ato libidinoso com menor de catorze anos, atingindo tanto a sua dignidade sexual como o normal desenvolvimento sexual. Ou seja, não basta a simples subsunção do fato ao art. 217-A. Então, para configurar o tipo penal estupro de vulnerável, é necessário que a dignidade sexual do menor seja atingida, voltando à discussão que iniciou o presente capítulo. Para Mauro da Cunha Savino Filó, a aplicação irrestrita e de forma absoluta do art. 217-A “pode até mesmo violar a

²²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal : parte geral* – 3 ed. – Curitiba : ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 27.

²²² Nilo Batista apresenta quatro funções ao princípio da lesividade: 1) proibir a incriminação de uma atitude interna. As ideias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens n ao podem constituir o fundamento de um tipo penal; 2) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, impedindo a punição e criminalização dos atos preparatórios; 3) proibir a incriminação de simples estados existenciais, eliminando-se a possibilidade da criação de um Direito Penal do autor; 4) afastar a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. Ed. Rio de Janeiro : Revan, 1996, p. 92-4. Apud. DARGÉL, Alexandre Ayub, *Presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais: uma crítica transdisciplinar*, p. 83.

²²³ DARGÉL, Alexandre Ayub. *Presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais: uma crítica transdisciplinar*, p. 88.

²²⁴ GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 4, 2012, p. 27.

dignidade sexual do menor ao não lhe permitir um desenvolvimento sexual normal”.²²⁵

Ainda, é preciso levar em conta que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto.²²⁶ No caso do Brasil, há um expressivo número de jovens que iniciam a sua vida sexual antes dos 14 anos. Segundo, o Relatório da ONU Maternidade Precoce, um em cada três jovens iniciam suas atividades sexuais antes dos 15 anos.²²⁷ O Ministério da Saúde em parceria com o Centro Brasileiro de Análise de Planejamento, abrangendo todo o território nacional, realizou uma pesquisa para identificar o perfil do comportamento sexual do brasileiro. A partir da análise de dois períodos, de 1984 e 1998, elaborou um relatório cujo resultado apresentava diminuição da idade de início da vida sexual dos brasileiros.

De fato, em 1984 era de 32,5 a porcentagem de homens jovens de 16 a 19 anos que já haviam iniciado a vida sexual antes dos 15 anos de idade, esse percentual cresceu para 46,7 em 1998. Considerando-se aqueles jovens na faixa dos 20 a 24 anos, em 1984 e em 1988, verifica-se que esse percentual passou de 26,0 para 32,1. Esta iniciação cada vez mais cedo pode ser apreciada também no confronto, para um mesmo ano calendário, da proporção de já iniciados sexualmente antes dos 4 anos, daqueles com 16 a 19 anos com os de 20 a 24 anos. Em 1984, estes percentuais foram iguais, respectivamente a 35,2 e 26,0 em 1998 corresponderam, pela ordem, a 46,7% e 32,1%.

Em que pese o fato de que as mulheres começam a vida sexual mais tardiamente, a mudança ocorrida entre 1984 e 1998, ou seja, de 13,6% para 32,3% é, em termos relativos, muito superiores à observada entre os homens.²²⁸

Dessa forma, é possível admitir que o dogma legislativo imposto não se adequa à realidade concreta, tornando-se, por vezes mais uma forma de controlar a sexualidade das crianças e dos adolescentes, por critérios morais, do que protege-

²²⁵ FILÓ, Mauro da Cunha Savino. *O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de “estupro de menor vulnerável”*, p. 88.

²²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVEZ, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*, p. 412.

²²⁷ Um em cada três jovens começa a vida sexual antes dos 15 anos. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/11/um-em-cada-tres-jovens-comeca-vida-sexual-antes-dos-15-anos.html>. Acesso em: 01/11/2013.

²²⁸ BRASIL. Ministério da Saúde, Centro Brasileiro de análise e planejamento. Relatório final de pesquisa Comportamento Sexual da População Brasileira sobre o HIV/AIDS, p. 57.

los. Conforme Guilherme de Souza Nucci, “o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável”.²²⁹ Então, a aplicação do art. 217-A deve ser analisada caso a caso.

A realidade brasileira não deve ser desprezada. Portanto a sexualidade dos menores de 14 anos, antes de ser analisada pelo Direito Penal a partir de sua violência, deve ser dialogada no ambiente familiar e escolar. “No momento da curiosidade da criança é que entra o papel do adulto, de orientar e esclarecer as dúvidas, utilizando uma linguagem de fácil compreensão, pois, por mais que o assunto da sexualidade ainda seja considerado tabu, é necessário o diálogo com a criança para a proteção e entendimento dela com relação à sexualidade que a rodeia”.²³⁰ É preciso ter em mente que a sexualidade é um fator em desenvolvimento na criança. E para que ele ocorra de forma significativa as escolas devem se voltar a uma educação sexual emancipatória:

Uma educação sexual emancipatória busca identificar os estereótipos sexuais e questionar seus fundamentos e representações. Visa educar para a compreensão significativa e igualitárias da identidade de gênero, como a representar homens e mulheres, masculino e feminino, com formas psichísticas da condição humana, iguais em suas potencialidades de harmonização e humanização e diferentes em suas expressões culturais subjetivas e ontológicas.²³¹

Com isso, a sexualidade das crianças deixará de ser tratada como tabu, e vista como algo natural, fruto da curiosidade para novas experiências. Além disso, não se pode olvidar que a “menoridade sexual não depende apenas da idade cronológica, baseada em um sistema de datação, para ser construída e desconstruída, mas sim, está associada a um complexo de fatores que se combinam, dentre eles, o exame do comportamento e da personalidade dos atores, a avaliação do tipo de relação e das distâncias sociais entre o ‘menor’ e o ‘maior’

²²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza; ALVEZ, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*, p. 413.

²³⁰ JÚNIOR, Aurélio Bona. A sexualidade em questão. Estudos e subsídios sobre o abuso e a educação sexual de crianças e adolescentes, p. 147.

²³¹ JÚNIOR, Aurélio Bona. A sexualidade em questão. Estudos e subsídios sobre o abuso e a educação sexual de crianças e adolescentes, p. 147.

que se relacionam sexualmente, e a análise do contexto no qual a relação aconteceu”.²³² Isso porque não pode se aceitar de maneira absoluta um critério puramente biológico.²³³

Ainda, temos na educação emancipatória uma solução que vai além, abordando também a necessidade da escola ser o local onde os estereótipos são eliminados, sem influência de preconceito.²³⁴

Acredita-se que somente uma educação emancipatória é capaz de contribuir para a superação das condições de heteronomia, de propor reflexões sobre os contextos de uma sexualidade reprimida – proveniente do período medieval – os mistos da superioridade e racionalidade masculina sobre a inferioridade e afetividade, exclusivamente feminina, no sentido de promover uma formação que auxilie os educandos a compreenderem a constituição das concepções de gênero e suas vinculações às estruturas sociais.²³⁵

Nesse sentido, a abordagem do conceito de gênero, no ambiente escolar, deve proporcionar o entendimento da construção social e histórica que se fez em torno dos sexos e das desigualdades que decorreram dessa construção, enfatizando o aspecto relacional e social do conceito e considerando o gênero como constituinte da identidade dos sujeitos.²³⁶ De tal forma a violência justificada pela dominação masculina, a qual tem sua maior representação na violência sexual, não seria mais legitimada por não ser mais reproduzida no âmbito escolar e, conseqüentemente refletida sob a luz da igualdade de gêneros.

²³² LOWERNON, Laura. (Menor) idade e consentimento sexual, p. 740.

²³³ SÁ, Rodrigo Moraes. Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor, p. 12.

²³⁴ “Algumas atividades propostas são: evitar fila de meninas e fila de meninos, e outras divisões por sexo nas atividades. Estimular as meninas, quando brincarem no pátio da escola e na educação física, para que tenham atividades movimentadas como os meninos geralmente têm; Estimular, nas meninas, valores como a coragem, a curiosidade e a inteligência. Nos meninos, estimular a afetividade, o respeito, a organização; Evitar criticar e dar bronca nos meninos dizendo “você parece uma menina”. Evitar chamar a atenção das meninas com frase como “você é bagunceira como um menino”. Esse tipo de humilhação só reforça características negativas sobre os sexo [...]. JAKIMIU, Vanessa Campos de Lara. *Violência Simbólica nas relações de gênero: caminhos para prover uma educação emancipatória*. In: BONA JÚNIOR, Aurélio (org), *A sexualidade em questão (estudos e subsídios sobre o abuso e a educação sexual de crianças e adolescentes)*. União da Vitória : Uniporto, 2011, p. 106.

²³⁵ JAKIMIU, Vanessa Campos de Lara. *Violência Simbólica nas relações de gênero: caminhos para prover uma educação emancipatória*, p. 104.

²³⁶ JAKIMIU, Vanessa Campos de Lara. *Violência Simbólica nas relações de gênero: caminhos para prover uma educação emancipatória*, p. 106.

CONCLUSÃO

Buscou-se, neste trabalho, desenvolver um estudo analisando o percurso desenvolvimento legislativo, jurisprudencial e doutrinário do tipo penal denominado hoje como “estupro de vulnerável”. Tal processo foi realizado com a finalidade de reconhecer quem é o sujeito passivo tutelado pelo Direito Penal no que tange ao art. 217-A.

A análise histórica indicou que os crimes sexuais eram analisados sob a ótica da moralidade e da honestidade da vítima, predominantemente, mulher. O Código Penal de 1940 trazia a figura da presunção de violência, caracterizada pela realização de atos sexuais com menores de 14 anos, justificando-se pela figura da *innocentia consilli*. Na realidade, a reprimenda do legislador fundava-se na ordem patriarcal e familiar, para não desestabilizar os costumes sociais e manter a dominação masculina. Fazendo uma rápida análise do art. 107, VIII, do Código Penal, observamos que o casamento era causa de extinção da punibilidade do crime de estupro, ressaltando o objetivo do legislador em tutelar a moral e não o indivíduo.

Juntamente com a Lei 12.015/09 veio uma nova perspectiva, mais compatível com o pensamento da sociedade contemporânea. Com base no novo status das crianças e adolescentes como sujeitos de direito, eles passaram a ser dignos de proteção como indivíduos. Agora, sob o tipo penal estupro de vulnerável, não seria mais tutelada a moralidade sexual da mulher, mas sim o normal desenvolvimento da criança. Porém até que ponto o discurso oficial corresponde à realidade? O tipo penal é aplicado de forma igualitária a todas as vítimas?

A pesquisa demonstrou que a resposta para tais perguntas é negativa. O sistema criminal judicial seleciona quais vítimas correspondem ao estereótipo por ele criado e reproduzido. A análise do presente trabalho voltou-se para três pontos principais: idade, gênero e critérios morais.

Quanto à idade, partimos do discurso oficial, de proteção da criança e do adolescente até chegarmos à linha tênue entre proteção e repressão. Isso porque, ao se basear em uma visão de que as crianças são assexuadas e indiferentes em relação à sexualidade, também nega-se a elas o seu normal desenvolvimento sexual. Observamos que a repressão se faz mais presente quando se trata de crianças do sexo feminino, criadas com o estereótipo das incertezas, enquanto nos meninos, criados com o privilégio da autonomia, as atitudes desse tipo são

incentivadas pelos pais. Ainda, Matta e Correia constataram, a partir do cotidiano da 12ª Promotoria Criminal de Fortaleza, que parte dos inquéritos foram inaugurados pelas famílias, cujo objetivo era cercear a liberdade sexual do adolescente por escaparem do modelo culturalmente aceito (homossexualidade, diferenças de classe, raça ou religião do parceiro).²³⁷

A justificativa do legislador à norma penal incriminadora parte do pressuposto de que o exercício da sexualidade com menor de 14 anos pode afetar o desenvolvimento normal da personalidade destes, produzindo alterações negativas em sua vida ou equilíbrio psíquico. Porém esse prejuízo e risco não são comprovados empiricamente. Muitos autores, como Ana Elisa Bechara²³⁸, afirmam que exercício da sexualidade pode favorecer o desenvolvimento psíquico e a própria afetividade em futuras relações interpessoais, porém tal benefício também não é cientificamente comprovada. Até mesmo a realidade brasileira, de que mais de 40% dos jovens iniciam sua vida sexual até os 14 anos de idade²³⁹, demonstra que não é possível estabelecer um marco biológico de forma absoluta para caracterizar a capacidade de autodeterminação sexual.

Ainda, através da jurisprudência é possível extrair que a menoridade é descaracterizada pela aparência e comportamento da vítima. Caso ela se comporte ou aparente ter mais de 14 anos, resta configurado o erro de tipo.

Percebemos, então, que para além da proteção das crianças e dos adolescentes, como compromisso constitucional imposto a todos, a redação do art. 217-A também se presta à manutenção do modelo patriarcal, sexista e de dominação masculina. Concluimos que, pelos critérios etários, o Sistema Judicial Criminal seleciona como vítimas aquelas que devem ter sua sexualidade controlada, uma vez que é negada a existência de interesse sexual às crianças e adolescentes. Por outro lado, descaracteriza a menoridade quanto os menores de 14 anos, especialmente quando se trata das meninas, quando elas aparentam ser mais

²³⁷ MATTA, E. L. C.; CORREIRA, V. de M. Direito penal e direito sexual e reprodutivo de crianças e adolescentes: contradições e antagonismos. In: Castanha, N. (Org.). Direitos sexuais são direitos humanos. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à violência sexual contra Crianças e adolescentes, 2008. Apud. ALEIXO, Klelia Canabrava. Problematizações sobre o estupro de vulnerável.

²³⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Presunção no estupro de vulnerável: comentário à decisão da 3ª Seção Criminal do STJ no EREsp 1.021.634, p. 547.

²³⁹ DARGÉL, Alexandre Ayub. Presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais: uma crítica transdisciplinar, p. 61.

velhas. Assim, a questão intrínseca desse controle através da idade, também se trata de uma questão de gênero.

No tópico referente à questão da mulher como vítima, percebemos que há uma construção social de gênero, em que se cria e reproduz valores e características considerados “normais” para cada sexo. Como anteriormente já ilustrado, tal divisão estereotipada se estabelece desde o nascimento da criança, pois, já no âmbito familiar, meninos e meninas começam a receber tratamentos diferentes. O sistema judicial criminal, por sua vez, também é responsável pela produção e reprodução desses estereótipos, principalmente no campo da moral sexual, vendo a mulher, predominantemente como vítima, e o homem como agressor.

Partindo para os critérios morais que descaracterizam a menoridade e relativizam a vulnerabilidade da vítima, percebemos que também tangencia a questão de gênero. Analisado o caráter conservador do sistema penal, bem como seu interesse em manter a ordem patriarcal e sexista, devemos ter em mente que o controle exercido pelo sistema penal busca manter o papel sexual submisso da mulher. Ocorre que para criminalizar ou não uma conduta é aplicada a “lógica da honestidade”, em que se analisa a reputação sexual da mulher, dividindo-as em “honestas” e “não honestas”, sendo que as primeiras podem receber proteção penal. O processo penal vasculha sua moralidade (para ver se é ou não uma vítima apropriada), sua resistência (para ver se é ou não uma vítima inocente), sendo suas demandas contempladas com desconfiança e seu testemunho duvidoso.

Diante do exposto, é mister a conclusão de que não se pode compactuar com a legitimação de um sistema penal seletivo e perverso, em que a lei penal mostra toda sua vinculação à ideologia patriarcal, através do controle da sexualidade feminina. A seletividade do sistema judicial criminal opera de forma a enxergar como vítima, quase que exclusivamente, meninas de 14 anos cuja sexualidade deve ser controlada e com comportamento recatado e “puro”, ou seja, “honestas”. O sistema penal está estruturado para manter as relações sociais, inclusive as relações hierárquicas de gênero, não sendo, por isso um instrumento adequado para resolver os conflitos de gênero.

Contudo, não se pode esquecer que o tratamento que o sistema judicial criminal confere à mulher é reprodução daquele que o público senso comum lhe atribui. Dessa forma, para tratar de todas as questões abordadas, o controle da

sexualidade, a vitimização feminina e a lógica da honestidade da vítima, é necessário questionar os fundamentos e representações dos estereótipos sexuais. Propomos, assim, como uma alternativa à abordagem sancionatória do Direito Penal, uma educação sexual emancipatória, capaz de compreender como igualitárias as identidades de gêneros.

A curto prazo, no que se refere especificamente à problemática trazida pelo art. 217-A, entendemos que a intervenção penal não deve assumir uma função meramente promocional, como mecanismo de pretensa transformação social. A intangibilidade sexual só pode ser possível quando não haja capacidade concreta de autodeterminação do indivíduo. Essa intangibilidade não pode se confundir com proibição absoluta do exercício da sexualidade, ou então ser entendida como forma de perversão, com sentido pecaminoso ou imoral. Assim, para analisar a liberdade e a intangibilidade sexual desses sujeitos é necessário que a construção típica permita a valoração concreta da realidade.

Dessa forma, a análise da autodeterminação sexual dos menores de 14 anos deve ser feita caso a caso, sem que se assuma um caráter moralizante. Não cabe ao direito Penal proibir de forma absoluta o exercício da sexualidade, impedindo que adolescentes com capacidade de autodeterminação sexual possam se desenvolver socialmente. Porém, ressalta-se, que a relativização da vulnerabilidade não pode ser feita como reprodução da lógica sexista e patriarcal. Não deve ser admitido um julgamento moral do comportamento da possível vítima do delito, pois o que se busca é justamente o oposto, o objetivo é o respeito ao indivíduo no exercício de sua liberdade sexual. Em um julgamento, deve ser rechaçada as concepções moralistas do sexo. Isso porque, o conhecimento e capacidade de um indivíduo em se autodeterminar no âmbito sexual não lhes denota um comportamento negativo ou pervertido.

Assim, o sujeito que deve ser tutelado pelo tipo penal “estupro de vulnerável” é aquele, menor de 14 anos, que teve sua liberdade sexual concretamente afetada em práticas sexuais. É preciso fazer uma análise do caso concreto livre de estereótipos de gênero e concepções moralistas (daí a importância da supracitada educação emancipatória). O que não significa dizer que a conduta da vítima não deve ser analisada, pelo contrário, ela é fundamental no exame da tipicidade da conduta imputada. Frisa-se, contudo, que essa ponderação deve ser feita partindo-se da premissa de que a menor de 14 anos é sujeito de direito, e não mero objeto do

delito. Dessa forma, sendo vista como sujeito que participa de uma relação social e que, em determinadas situações, pode decidir com liberdade na esfera sexual. A análise de quem merece tutela do Direito Penal precisa ser mais aprofundada, levando em conta a individualidade da suposta vítima, e sua condição de sujeito. Deve ir além da seletividade hoje dominante que protege, predominantemente, as mulheres “honestas” menores de 14 anos e desde que aparentem ter tal idade.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. **Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n.209, p.08-09, abr., 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Revista Sequência, n. 50, p. 71-102, jul., 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania**. Revista Sequência, n. 35, p. 42-49, out., 1996-

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **Presunção de violência no estupro de vulnerável: comentário à decisão da 3ª Seção Criminal do STJ no EREsp 1.021.634**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 20, v. 97, p. 511-550, jul-ago 2012,

BITENCOURT, Cezar Roberto. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita**. Conjur, 19.jun.2012. disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>. Acesso em: 05/06/2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONA JÚNIOR, Aurélio (org), **A sexualidade em questão (estudos e subsídios sobre o abuso e a educação sexual de crianças e adolescentes)**. União da Vitória : Uniporto, 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Rufianismo, favorecimento à prostituição de vulnerável e art. 244-A do ECA. Os dilemas criados pela lei 12.015/09.** JUSNAVEGANDI, jun.2009. disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13346/rufianismo-favorecimento-a-prostituicao-favorecimento-a-prostituicao-de-vulneravel-e-artigo-244-a-do-eca#ixzz2hZAQR00>. Acesso em: 06/09/2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; PAULA, Veronica Magalhaes de. **Crime de estupro: até quando julgaremos as vítimas?** Jusnavegandi, mai.2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24465/crime-de-estupro-ate-quando-julgaremos-as-vitimas>. Acesso em: 15/09/2013.

CABRAL, Lina Marie; CARDOSO, Larissa Ataide; PEREIRA, Marina Dantes; RODRIGUES, Julia de Arruda. **O novo tipo penal de estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica.** Jusnavegandi, nov.2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13908/o-novo-tipo-penal-estupro-de-vulneravel-e-suas-repercussoes-em-nossa-sistematica-juridica>. Acesso em: 07/07/2013.

CAMPOS, Carmen Hein de. **A contribuição da Criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil.** In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade (org.). Verso e reverso do Controle Penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva, v.2. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 3: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H).** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, Francisco Viveiros de. **Os delitos contra a honra da mulher.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

CAULFIELD, Sueann. **“Que virgindade é essa? A mulher moderna e a reforma do código penal no Rio de Janeiro, 1918 a 1940”** In Acervo: Revista do Arquivo Nacional. Rio de Janeiro: Arquivo nacional, v. 9, n1-2, jan/dez 1996.

CONDE, Francisco Muñoz Conde. **Direito penal – parte Especial**, 12.ed., Valência, Tirant lo Blanch, 1999.

CORRÊA, Fabrício da Mata. **O casamento como causa extintiva de punibilidade para crimes de estupro**. Atualidades do Direito, 13.set.2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2012/09/13/o-casamento-como-causa-extintiva-de-punibilidade-para-os-crimes-de-estupro/>>. Acesso em: 09/09/2014.

DARGÉL, Alexandre Ayub. **Presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais: uma crítica transdisciplinar**. 107 f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Setor de Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal comentado**. 7ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FAVARETTO, Ivete M. Ribeiro. **Violência presumida**. Boletim IBCCRIM, n. 50, janeiro de 1997, caderno Jurisprudência.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Isabel Bernardes; PEREIRA, Mayra Cardoso. Prostituição: opção ou determinação social? Disponível em: http://www.pucsp.br/iniciacaocientifica/20encontro/downloads/artigos/ISABEL_BERNARDES_FERREIRA_e_MAYRA_CARDOSO_PEREIRA.pdf. Acesso em: 22/08/2013.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo de V. **Violência sexual legitimada**. Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade, ano 3, v. 5/6, Rio de Janeiro : Instituto Carioca de Criminologia Freitas de Barros, p. 65-75, 1º e 2º semestres, 1998.

FILHO, Vicente Greco. **Uma interpretação de duvidosa dignidade**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região, Brasília, v. 21, n. 11, p. 59-61, nov. 2009.

FILÓ, Mauro da Cunha Savino. **O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de “estupro de menor vulnerável”**. 104f. Tese (Mestrado de Direito). Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial, 2**. Vol.4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. **O novo estatuto legal dos crimes sexuais. Do estupro do homem ao “fim das virgens”**. Revista Bonijuris, Curitiba : BoniJuris, v.21. n. 552, p. 8-12, nov.2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, a, 4, n.15, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Reforma penal dos crimes sexuais**. LFG, 25/04/2005. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050418123340159&mode=print. Acesso em: 05/08/2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Uma interpretação de duvidosa dignidade**. Revista do tribunal regional federal da 1ª região, Brasília, v. 21, n. 11, p. 59-61, nov. 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, vol 3**. 6. Ed. Niterói-Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**, v. 3, 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

Nélson; LACERDA, Romão Cortes de. **Comentários ao Código penal**, v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 8. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1947.

HUNGRIA, Nelson. **Crimes sexuais**. In Revista Forense. Rio de Janeiro: ed. Forense, n. 70, abr. 1937.

JESUS, Damásio E. de, Código Penal anotado – 17. Ed. Atual. São Paulo : Saraiva, 2005.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de política criminal**. Valência: Tirant lo blanch, 2003.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável: novo tipo penal unificado**. Revista magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.32, p.52-77, 23 abr.2012. bimestral.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável**. Revista IOB de direito penal e processo penal – São Paulo, v. 10, n. 58, p. 17-42, out/nov 2009.

LOWENKRON, Laura. **(Menor) idade e consentimento sexual em uma decisão do STF**. Revista de Antropologia, São Paulo, USP, v. 50, nº2, p. 713-745, 2007.

LOWENKRON, Laura. **Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas?** Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana, n. 5, p. 09-29, 2010.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao Título VI do Código Penal**. São Paulo : Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234 do CP**. V. 2. Ed. ver. e atual. até novembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003.

MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. **Proteção pra quem? O Código Penal de 1940 e a produção da “virgindade moral”**. jan-jul., 2005 Disponível em: <http://www.tanianavarroswain.com.br/labrys/labrys7/liberdade/muniz.htm>. Acesso em:13/09/2013.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA, Gisálio. **Família, poder e controle social: concepções sobre a família no Brasil na passagem à modernidade.** In: Ideias Jurídicas e autoridade na Família. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NETO, Wanderlino Nogueira. **Adolescentes em conflito com a lei, privados de liberdade e o direito a visitas íntimas. Garantia dos direitos sexuais do socioeducando, no marco dos Direitos Humanos.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 81, p. 385-407, nov-dez., 2009.

NORONHA, E. Magalhaes. **Direito Penal.** v. 3. ed. 23. São Paulo: Saraiva, 1998

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** vol. 3. São Paulo : Saraiva, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza; ALVEZ, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP).** Revista dos Tribunais, ano 99, v.902, p. 395-422. São Paulo : Revista dos Tribunais, dez. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza; MONTEIRO, André Vinícius; GEMIGNANI, Daniel; MARQUES, Ivan Luís. **Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrito pelo Código Penal (arts. 218-A e 218-B, introduzidos pela Lei 12.015/2009).** Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n.86, p. 9-35. São Paulo : Revista dos Tribunais, set-out., 2010.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. **A ilegitimidade do art. 217-A do CPB ante o caso concreto sob a perspectiva procedimentalista.** [2012]. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/1065?show=full>. Acesso em: 09/10/2013.

PANDINI, Marina Brunetto. **A relativização no julgamento dos crimes de estupro de vulneráveis menores de 14 anos.** [2012]. Disponível em: <http://www.pesquisedireito.com/artigos/penal/a-relativizacao-no-julgamento-dos-crimes-de-estupro-de-vulneraveis-menores-de-14-anos>. Acesso em: 06/10/2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249** – 8. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial: arts. 184 a 288.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. **Dignidade sexual e liberdade de autodeterminação sexual.** Boletim IBCCRIM, ano 18, n.217, p. 14-15, dez., 2010.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **El derecho penal ante el sexo (Límites, critérios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual).** Barcelona : BOSCH, 1981.

ROLIM, Rivail Carvalho. **Estado, sociedade e controle social no pensamento jurídico-penal no Governo Vargas- 1930/1945.** Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: v.2, n.5, p. 69 - 88, set-dez., 2010.

SÁ, Rodrigo Moraes. **Estupro de Vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor.** Semana acadêmica, []. Disponível em: <http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoestuprodevulneravelenviar.pdf>. Acesso em: 25/08/2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal : parte geral** – 3 ed. – Curitiba : ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA, Luana de Carvalho. **Carne e culpa**. 2012. 275 folhas. Tese (Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O senso comum teórico e violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em Terra Brasilis**. Revista Brasileira de Direito de Família – Porto Alegre : Síntese, IBDFAM, v. 4, n.16, p.139-161, jan/fev./mar., 2003.

TOLEDO, Regina Antonia G. de; LINS, Vera L. de O.; WINOGRON, Ana Maria; MOTA, Clarice, N. A dominação da mulher. Os papéis sexuais na educação. 3ª ed. Petrópolis : Ed. Vozes Ltda, 1985.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Dignidade sexual e proteção no sistema penal**. Ver . bras. Crescimento desenvolv . hum. [online]. p.185-188, vol.21, n2, 2011.