



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

**SONAYRA GLEIKA ALVES ARAUJO**

**VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO  
DESENVOLVIMENTO SEXUAL**

**FORTALEZA  
2013**

**SONAYRA GLEIKA ALVES ARAUJO**

**VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO  
DESENVOLVIMENTO SEXUAL**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Raul Carneiro Nepomuceno

**FORTALEZA  
2013**

**SONAYRA GLEIKA ALVES ARAUJO**

**VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO  
DESENVOLVIMENTO SEXUAL**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)**  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

**Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho**  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

**Prof. Victor Hugo Medeiros Alencar**  
Universidade Federal do Ceará – UFC

Aos meus pais, Sebastião e Maria Francisca,  
pelo amor e pela dedicação de toda a vida.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que abençoou e tornou possível todas as realizações alcançadas durante esses cinco anos de faculdade.

Aos meus pais, meus amados Sebastião e Maria Francisca, exemplos de seres humanos, de pais e de esposos, que com paciência e amor se dedicaram à construção da nossa família, acreditaram nos meus sonhos e incentivaram sua realização.

À minha irmã Lethícia, pelo amor, dedicação e compreensão.

À Águida, pelo cuidado e dedicação extremados.

Aos amigos e amigas que encontrei na Faculdade de Direito, em especial à Camilla, à Luana, à Mayara, à Priscila, à Rosana e à Thaís, cuja gaiatice e companheirismo fizeram tão felizes esses cinco anos de aprendizado.

Ao Fernando, por todos os momentos de amor e compreensão.

Ao querido Professor Raul Nepomuceno, exemplo de professor e de orientador, que apesar das dificuldades, acreditou em mim e aceitou orientar o presente estudo, com sua enorme paciência, sorriso amigo e ideias ricas, que contribuíram imensamente para a realização deste trabalho.

Ao Professor Francisco de Araújo Macedo Filho, exemplo de dedicação como professor e como membro do Ministério Público, inspiração para a vida profissional, que tão gentil e prontamente aceitou fazer parte desta banca avaliadora.

Ao Professor Victor Hugo Medeiros Alencar, que tanto contribui para a comunidade acadêmica e científica, em quem me espelho como profissional e como ser humano, exemplo no exercício da Medicina e do Magistério, que aceitou fazer parte desta banca avaliadora.

A todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para essa conquista.

*"[...] com efeito, há em cada adolescente um mundo encoberto, um almirante e um Sol de outubro."*

*Machado de Assis – Dom Casmurro*

## RESUMO

O presente trabalho trata das mudanças trazidas pela Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 ao Título VI do Código Penal Brasileiro, que deixou de tutelar os costumes e a moral pública sexual, passando a tratar da dignidade sexual como dimensão da dignidade humana. Sob a égide de uma nova lógica de tutela da sexualidade, o referido diploma aboliu a antiga figura da presunção de violência no estupro e instituiu o novo tipo penal denominado “estupro de vulnerável”, que destina-se à tutela dos indivíduos fragilizados perante a violência sexual e, em razão disso, desprovidos do discernimento necessário para consentir à prática sexual. Entre esses indivíduos está incluído o adolescente menor de 14 anos, destacando-se a necessidade de compreender a vulnerabilidade como atributo do adolescente, em razão de sua especial condição de humano em desenvolvimento, impondo-se uma proteção diferenciada à sua dignidade sexual, orientada para a efetiva tutela do desenvolvimento sadio e harmonioso da sexualidade, que deve ser compreendida como direito do adolescente.

**Palavras-chave:** Dignidade sexual. Estupro de Vulnerável. Adolescente. Vulnerabilidade. Desenvolvimento Sexual.

## **ABSTRACT**

This work analyses the changes brought by the Law 12.015 of August the 7<sup>th</sup> of 2009 to the Title VI of the Brazilian Criminal Code, which ceased to protect the customs and the public sexual morality, starting to treat sexual dignity as a dimension of human dignity. Under a new logic of protection of sexuality, the referred statute has abolished the ancient figure of the presumption of violence in rape and established the new crime called "rape of vulnerable," which is intended for protection of vulnerable individuals against sexual violence and, for this reason, deprived of the discernment required to consent to sexual practice. Among these individuals are included adolescents under 14 years old, standing out the need to understand the vulnerability as an attribute of the teenager, because of its special status as developing human, in need of a distinguished protection of their sexual dignity, heading towards the effective care of healthy and harmonious development of sexuality, which must be understood as a right of adolescents.

Keywords: Sexual dignity. Vulnerable rape. Adolescents. Vulnerability. Sexual Development.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. DA SISTEMÁTICA ANTERIOR À LEI 12.015/2009.....	11
2.1. Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a dignidade sexual.....	11
2.2. O crime de estupro antes da Lei 12.015/2009.....	18
2.3. O art. 224 e a presunção de violência.....	21
3. DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS.....	25
3.1. Presunção de natureza relativa ( <i>iuris tantum</i> ).....	26
3.2. Presunção de natureza absoluta ( <i>iure et de iure</i> ).....	29
3.3. A presunção de violência nos Tribunais Superiores.....	31
4. DA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....	38
4.1. Construção e Positivção dos Direitos de Crianças e Adolescentes.....	38
4.2. Direito ao desenvolvimento sexual e proteção contra qualquer forma de violência ou exploração.....	43
4.3. Aspectos da sexualidade de adolescentes: experiência e maturidade sexual.....	46
5. DA PROTEÇÃO AO VULNERÁVEL NA LEI 12.015 .....	53
5.1. O crime de estupro de vulnerável.....	55
5.2. Sujeitos incluídos na categoria de vulnerável.....	57
5.3. A interpretação da vulnerabilidade do adolescente sob a ótica do direito ao desenvolvimento sexual.....	60
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	69

## 1. INTRODUÇÃO

A violência sexual contra crianças e adolescentes é, tristemente, uma realidade constante em nosso país, sendo frequentemente veiculadas notícias que despertam na sociedade diversos sentimentos de aversão a práticas como a exploração sexual, embora haja expressa previsão constitucional e internacional determinando o combate e a punição severa às diversas formas de violência sexual contra a criança.

Em face da repercussão social e da atualidade do tema, sob o qual os Tribunais pátrios não têm ainda jurisprudência sedimentada, ganha importância o estudo da proteção ao vulnerável estabelecida pelos novos dispositivos. Destaca-se aqui o embate doutrinário acerca do crime de estupro de vulnerável, novo tipo instituído inserido no Código Penal através do art. 217-A, que tem sido alvo de relevantes questionamentos, principalmente acerca da vulnerabilidade do adolescente menor de 14 anos, à semelhança da controvérsia suscitada pelo regime anterior da presunção de violência.

Para compreender a tutela penal instituída pelo crime de estupro de vulnerável, o presente estudo faz uma análise da evolução da tutela da sexualidade pelo ordenamento jurídico pátrio, conferindo especial atenção às mudanças legislativas que acompanharam a transformação da concepção de sexualidade e os valores ressaltados pela sociedade brasileira, conferindo especial atenção ao crime de estupro e à proteção da sexualidade da criança e ao adolescente em diferentes momentos legislativos.

Passa-se, então, ao estudo da figura da violência presumida, dos seus fundamentos e das diversas interpretações acerca de sua natureza, como base para compreender a lógica que orienta a interpretação conferida ao crime de estupro de vulnerável, destacando-se a repercussão jurisprudencial dos diferentes entendimentos.

Empós, são tecidas considerações necessárias acerca do adolescente, vítima do crime de estupro de vulnerável que é o tema central deste trabalho, buscando-se compreender a evolução da concepção social acerca da adolescência e do tratamento jurídico a ela conferido, até o atual patamar de sujeitos de direitos, analisando-se as diferentes representações sociais da infância e da juventude no Brasil, o que é fundamental na compreensão da proteção ao desenvolvimento da sexualidade do adolescente, que também é objeto de análise, com o aporte das Ciências da Saúde e da Psicologia.

Por fim, com fundamento nas considerações extraídas dessa análise

contextualizada dos fatores que permeiam a compreensão do crime de estupro de vulnerável, parte-se para a busca da adequada interpretação do tipo penal, voltada para a finalidade da norma de tutelar a dignidade sexual do vulnerável, com foco nas características peculiares da vítima adolescente.

## 2. DA SISTEMÁTICA ANTERIOR À LEI 12.015/2009

### 2.1. Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a dignidade sexual

A sexualidade é um aspecto indissociável da vida humana, a princípio como manifestação do instinto animal de perpetuação da espécie, atingindo também o patamar da satisfação, do prazer individual. Por compreender atividades corporal e mental, associadas, as relações sexuais humanas ultrapassam o fenômeno biológico e atingem a esfera cultural e social, sendo necessário que o instinto se limite em prol da convivência social harmônica<sup>1</sup>, de modo que se reserva ao Direito a função de exercer o mais importante controle sobre a sexualidade humana.

Nas palavras de Mariana Faria Filard,

Observa-se que todo sistema jurídico trata a sexualidade como uma manifestação individual e que varia de acordo com os valores morais e éticos de cada sociedade em um determinado momento histórico. (...) Desse modo, cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sob a diferença entre o que é “certo” ou “errado”, “positivo” ou “negativo” na conduta sexual, os conceitos poderão ser modificados e condicionados pelo tempo e pela cultura em uma determinada época.<sup>2</sup>

Com a organização em grupos da espécie humana, surge pois a necessidade de suplantar o instinto sexual bestial para que os indivíduos se enquadrem numa vida social. Estabelecidas as funções e papéis sociais, com a separação de tarefas e atribuições, desenvolve-se o embrião do núcleo familiar, marcado pela soma das consciências individuais e identidade dos seus componentes, que estabelecem para si regras de convivência e padrões de comportamento, entre os quais aqueles que passam a reger a conduta sexual.

---

1 Sobre a limitação do instinto sexual humano, S. Freud tece interessante consideração: “Se a civilização impõe sacrifícios tão grandes, não apenas à sexualidade do homem, mas também à sua agressividade, podemos compreender melhor porque lhe é difícil ser feliz nessa civilização. Na realidade, o homem primitivo se achava em situação melhor, sem conhecer restrições de instintos. Em contrapartida, suas perspectivas de desfrutar dessa felicidade, por qualquer período de tempo, eram muito tênues. O homem civilizado trocou uma parcela de suas possibilidades de felicidade por uma parcela de segurança.” – FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização, Coleção Os Pensadores, Abril Cultural, 1978, p. 169.

2 FILARD, Mariana Faria. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Delitos Sexuais: o Estupro de Vulnerável e a (in)Validade do Consentimento da Vítima. 129 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Manaus, 2011, p. 66.

Julio F. Mirabete, citando Néelson Hungria, preleciona que a “adaptação do amor sexual ao rito de vida social é obtida pelo *pudor*, 'corretivo à sofreguidão e arbítrio de Eros'. Exerce ele uma ação preventiva, de resistência, inibição e controle do poder da libido.”<sup>3</sup> Contudo, parece mais apropriado observar que o pudor público e individual a que o renomado doutrinador se refere é uma consequência da repressão da sexualidade.

Tal é o raciocínio desenvolvido por Carla Loureiro Mehmeri, ao argumentar que “à medida que a sociedade dita regras de conduta, fixa padrões de sexualidade, cerca sua manifestação de limitações e cautelas em benefício da pacificação social, faz surgir os pudores individuais, quem somados, produzem os pudores coletivos.”<sup>4</sup>

Nesse contexto, desenvolvem-se no seio da sociedade critérios ético-sociais, pública e individualmente, condicionam a sexualidade dos indivíduos, que é influenciada e influencia as relações culturais entre os mesmos. Chega a ser incerto, muitas vezes, o limite entre o sexual e o não-sexual.

Consequentemente, cada grupo social, de acordo com seu contexto histórico-cultural, estabelece o que é ou não aceitável, inclusive no âmbito sexual, reputando criminosas condutas indesejáveis para a preservação dos interesses gerais do coletivo, de modo que as peculiaridades de cada coletividade determinam ser ou não uma conduta reconhecida como crime sexual.

De modo geral, as legislações penais dos Estados tendem a reprimir condutas sexuais que se caracterizem pelo uso da violência, quer sejam orientadas pela tutela da liberdade e dignidade sexual daqueles a quem o ordenamento jurídico confere condição de sujeitos de direitos, quer seja com o objetivo de reprimir comportamentos que afrontem o que a sociedade estabelece como moral pública sexual, como bem se pode observar na evolução histórica do Direito Penal Sexual no Brasil.

O Direito Penal pátrio tem sofrido sucessivas mudanças no Título relativo aos chamados “crimes sexuais”, na tentativa nem sempre bem sucedida de acompanhar a evolução social. Quando da publicação do Código Penal vigente, ainda na primeira metade do século XX, os valores nos quais se pautava a sociedade, no que tangia à sexualidade, foram

---

3 MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2, p. 405.

4 MEHMERI, Carla Loureiro. A Evolução Humana e a Violência Sexual no Direito Penal. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B2463ED95-B3E1-4A8B-B87F-79BD08D4CA6C%7D\\_025.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B2463ED95-B3E1-4A8B-B87F-79BD08D4CA6C%7D_025.pdf)> Acesso em 08 jan 2013.

refletidos no tratamento legislativo dos delitos sexuais.

A política criminal destinava-se, então, à proteção da moral sexual no âmbito coletivo e tinha como objetivo disciplinar o comportamento sexual do indivíduo perante a comunidade, reprimindo as práticas consideradas socialmente inaceitáveis. Tal intenção é revelada com a simples observação da terminologia adotada pelo legislador de 1940, que se utilizou da expressão “crimes contra os costumes”, evidenciando o fundamento moral do bem jurídico tutelado.

Com efeito, os “costumes” a que a antiga denominação fazia referência nada mais são do que a conduta adequada aos princípios da moralidade sexual desenvolvida no seio de determinada comunidade, cujos valores morais são protegidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, Deocleciano Guimarães define os *bons costumes* como “conduta que se ajusta aos princípios morais consagrados pelo meio social em que vive a pessoa. Emprega-se, no sentido comum, com referência à moralidade sexual.”<sup>5</sup>

Cuidava-se, então, da preservação do pudor público sexual, predominante sobre a esfera individual do exercício da sexualidade, o que refletia o padrão de controle social da moralidade sexual, como aspecto da acentuada preocupação da sociedade da época com a moral e os costumes sociais.

Oportuno, portanto, citar o magistério de Néelson Hungria, em suas considerações acerca da terminologia então adotada pelo Código Penal:

os crimes que, de modo genérico, se [sic] poderiam denominar *sexuais* ou *atentatórios do pudor* (individual ou social), são contemplados pelo nosso atual estatuto penal sob a rubrica “Dos Crimes contra os Costumes”. Apesar de mais concisa do que a do antigo Código (“Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor”), *essa rubrica é, no entanto, mais compreensiva ou mais correspondente ao conteúdo das disposições que se seguem. O vocábulo “costumes” é aí empregado pra significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adequada à conveniência e disciplina sociais.*<sup>6</sup> (Grifou-se)

Assim, pautado num rígido mecanismo de controle moral, o direito penal sexual estabelecido pelo Código de 1940 tutelava os valores ressaltados pela sociedade, como a virgindade das mulheres, fazendo distinções na aplicação de pena conforme a vítima fosse ou

5 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Compacto Jurídico, 15. ed. São Paulo, 2011, p. 61.

6 HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 8, pp. 114-115.

não “honesta”, e trazia como causa de extinção da punibilidade o casamento do agressor com a vítima.

Nesse contexto foram tipificados crimes como o de adultério (entre os crimes contra o casamento), *posse* sexual mediante fraude, que tinha como sujeito passivo *mulher honesta*, e causa de aumento de pena caso a mulher fosse virgem; o de sedução, que tinha como sujeito passivo mulher virgem, inexperiente ou ingênua, maior de 14 e menor de 18 anos; e o de rapto<sup>7</sup>, sendo tipificado até mesmo o rapto consensual<sup>8</sup>.

Destacam-se tais crimes na medida em que são o principal expoente da tutela dos bons costumes pelo Direito Penal. A adoção de critérios de diferenciação como a “honestidade” da mulher, sua “ingenuidade”, inexperiência ou confiança no agressor, a própria terminologia adotada (*posse*) e, sobretudo, o fato de esses crimes terem como sujeito passivo apenas mulheres demonstra também o reforço ao patriarcalismo.

Em sua obra, Júlio Fabrinni Mirabete faz referência aos ensinamentos de Nélon Hungria e Heleno Fragoso, em reflexão acerca do elemento “mulher honesta” no crime outrora tipificado como “posse sexual mediante fraude”<sup>9</sup>:

A inclusão de um elemento normativo obrigava a um juízo de valor a respeito da honestidade da mulher. **Honesta seria a mulher honrada, decente, de compostura., “não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos *bons costumes*.** Estavam excluídas da proteção, portanto, não só as prostitutas como as promíscuas, francamente desregradas, as mulheres fáceis, de vários leitos (RT 436/342) A razão da exclusão devia-se à maior dificuldade em se iludir a barregã e a mulher depravada, bem como o pouco relevo que merecia o coito fraudulento com tais pessoas.<sup>10</sup>

Como se pode observar da leitura do excerto acima, a mulher considerada “promíscua”, “fácil”, “depravada”, não era merecedora de proteção à sua liberdade sexual, sendo o direito verdadeira ferramenta de repressão ao comportamento da vítima, e não do agressor. A expressão “mulher honesta”, a que o texto legislativo fazia constante referência, tinha substrato numa ideologia de dominação masculina, mantida pela submissão sexual do

7 Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

8 Art. 220 - Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento: Pena - detenção, de um a três anos.

9 Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:- Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

10 MIRABETE, Julio Fabrinni. Manual de Direito Penal. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.417.

sexo feminino, como bem observa José Henrique Torres<sup>11</sup>:

Até 2005, o nosso sistema jurídico-penal, a pretexto de dar proteção à *sexualidade*, especialmente das mulheres, mantinha, em vários dispositivos incriminadores, a expressão *mulher honesta*, cunhada, à evidência, por uma ideologia embasada nos paradigmas da dominação masculina, em concepções morais ultrapassadas, na submissão carnal e na subordinação entre os sexos.

A esse respeito, Rogério Greco destaca o caráter discriminatório e preconceituoso da redação original do tipo penal, que com a Lei 11.106 sofreu a tardia supressão do adjetivo “honesto”, que há muito se mostrava ultrapassado diante dos avanços sociais.

Basicamente, a partir da década de 80 do século passado, acirraram-se, as críticas no que dizia respeito à expressão *mulher honesta*. A mulher do final do século XX já não podia sofrer esse tipo de discriminação. Era um evidente preconceito, que tinha que ser suprimido da nossa legislação penal.<sup>12</sup>

Partindo de lógica semelhante quanto ao sujeito passivo, o crime de rapto era definido no art. 219 do Código Penal como a conduta de *raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso*, ao que era cominada pena de reclusão, de dois a quatro anos.

Para a caracterização desse delito, era necessário comprovar que a mulher raptada era honesta, ainda que fosse manifesto o emprego de violência ou grave ameaça, sendo o conceito de honestidade da mulher determinado por padrões androcêntricos de rígido controle da sexualidade feminina.

Destaca-se nesse contexto o crime de rapto consensual praticado contra mulher com menos de 21 e mais de 14 anos de idade, no qual bastava a comprovação da idade da vítima para sua caracterização, ainda que a conduta fosse praticada com o consentimento da mulher, restando desconsiderada a livre manifestação de vontade da vítima e sua liberdade de autodeterminação sexual, com o objetivo de controle da sexualidade das mulheres até que atingissem os vinte e um anos de idade.

Marcado pela total desconsideração do consentimento da mulher que ainda não atingira a maioridade, que tinha negada qualquer forma de experiência sexual fora do

11 TORRES, José Henrique Rodrigues. Dignidade sexual e proteção no sistema penal. Rev. bras. crescimento desenvolv. Hum., São Paulo, v. 21, n. 2, ago. 2011. Disponível em <[http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12822011000200001&lng=pt&nrm=iso](http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822011000200001&lng=pt&nrm=iso)>. Último acesso em 05 jan. 2013.

12 GRECO, Rogério. Adendo Lei nº 12.015/2009 - Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2009. Arquivo disponível em: <[http://professor.ucg.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/14028/material/Rogério\\_Greco.\\_Adendo\\_Lei\\_12.015\\_-\\_Dos\\_Crimes\\_Contra\\_Dignidade\\_Sexual\\_\(2009\)\[1\].pdf](http://professor.ucg.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/14028/material/Rogério_Greco._Adendo_Lei_12.015_-_Dos_Crimes_Contra_Dignidade_Sexual_(2009)[1].pdf)> p. 49.

casamento, estando submetida ao controle e repressão sexual pelos pais, em sua origem, o crime de rapto consensual punia também a conduta da raptada, a exemplo do Direito Romano, em que o raptor sofria a morte pelo fogo, o mesmo acontecendo à raptada, quando consensuente, além de ser proibido o casamento entre raptor e raptada.<sup>13</sup>

Júlio F. Mirabete destaca que, no crime de rapto consensual,

embora se proteja a vida sexual da menor e os costumes, **tutela-se, novamente, agora com prioridade, o pátrio poder ou a autoridade tutelar** (*raptus in parents vel tutores*), ou seja, a organização familiar (RT 487/362, 542/341). Tem esse objeto jurídico precedência sobre os vbs costumes ou a liberdade sexual da menor (grifo nosso).

Tanto nos crimes, hoje abolidos, de rapto violento como no rapto consensual, era necessário que a vítima fosse mulher honesta, ainda que não fosse eventualmente virgem. Eram, em análise mais ampla, considerados também “vítimas” de tal crime os pais, titulares do pátrio poder ou os tutores, detentores da autoridade tutelar, violada pela conduta do sujeito ativo.

Além do pátrio poder e da estrutura familiar, também destacava-se nos crimes contra os costumes a proteção da *virgindade* da mulher, que era tratada como um bem ou valor, explicitada tal concepção através do crime de sedução, que correspondia à conduta de 'seduzir mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14 e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança.”

A condição de virgindade da mulher no crime de sedução, bem como sua “inocência”, inexperiência, era elemento do tipo, que refletia o culto social à virgindade, conforme se denota das palavras de Néelson Hungria: “A conservação da virgindade física da mulher solteira é um intransigente mandamento dos nossos costumes sociais”.<sup>14</sup>

Outra manifestação dos padrões de dominação do gênero feminino estava prevista no art. 108, que trazia como causa de extinção da punibilidade o casamento da vítima com o agressor ou com terceiro, em clara proteção à “honra” da vítima perante a sociedade, o que acabava por submetê-la a nova agressão, por se ver obrigada a casar com o agressor, já que “a mulher desvirginada fora de casamento perde o seu valor social.”<sup>15</sup>

Tais dispositivos, que hoje são objeto de repulsa e estranhamento, perduraram no

13 HUNGRIA, Néelson. op. cit., p. 210.

14 HUNGRIA, Néelson, op. cit, p. 163.

15 HUNGRIA, Néelson op. cit., p. 164.

Direito Penal Sexual pátrio por mais de meio século, enquanto a sociedade passava por transformações que culminaram na sua inadequação e gradual desuso, embora tenham sido tardiamente expurgados do ordenamento jurídico.

Como a moralidade sexual aplicada ao homem era diferente da que deveria ser seguida pela mulher, que tinha seu comportamento submetido a um controle muito mais severo, de que era instrumento a legislação penal sexual, somente quando, na segunda metade do séc. XX, houve o fortalecimento dos movimentos de efetivação de direitos, destacando-se os feministas e homossexuais, foi trazida à tona a necessidade de se rever a moralidade sexual excludente, a partir de estudos sobre gênero e sexualidade associados ao contexto político e social.

Esse processo de revolução na sexualidade é bem retratado nas palavras de Mariana Filard<sup>16</sup>:

Outras consequências desse fenômeno vistas nesse período foram a alteração do estereótipo masculinidade/feminilidade e seus respectivos papéis; maior instabilidade e psychologização das relações conjugais; novas atitudes liberais em relação ao corpo e às emoções, buscando maior qualidade de vida; maior tolerância social às diferenças e ao inconformismo individuais, respeitando-se a opção das minorias e também mais tolerância em relação ao sexo pré marital e o rechaço ao duplo padrão de moralidade entre homem e mulher; o enfraquecimento do controle familiar e institucional sobre a sexualidade do adolescente, que passou ao amadurecimento sexual mais precocemente, principalmente nos países industrializados; a evolução das técnicas anticoncepcionais, libertando a mulher da gravidez indesejada; e, por fim, a educação sexual, que proporcionaram, portanto, profunda alteração nas atitudes e comportamentos sexuais.

Com essas transformações, aliadas à ascensão da construção da noção do cidadão como sujeito político, dotado de direitos e liberdades inerentes ao indivíduo, a subjetividade passa a ocupar o centro dos padrões de moralidade, passando esta do controle social externo ao autocontrole, o que se aplicou à moralidade sexual.

De fato, como bem observam Alessandra Greco e João Daniel Rassi, “no Brasil, assim como em outros países, o conteúdo moral sempre esteve presente, de forma preponderante, como elemento orientador da legislação penal frente ao sexo, não sofrendo, até recentemente, qualquer alteração legislativa.”<sup>17</sup>

<sup>16</sup> FILARD, Mariana Faria. op. cit., p. 66.

<sup>17</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI João Daniel, apud FAVORETTO, Affonso Celso. Estupro contra Vulnerável – Uma Análise à Luz dos Princípios Constitucionais e do Sistema Penal. 2011. 156f. – Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo 2011, p. 30.

Foi com a valorização do indivíduo como sujeito de direitos que foram se operando mudanças na concepção individual e social de sexualidade, sendo conferida maior liberdade ao indivíduo no exercício da sexualidade, de modo que este, progressivamente, afastava-se da ética pública e do controle social para se consolidar como uma atividade sujeita a parâmetros éticos individuais de controle e valoração.

Nesse contexto, a Lei nº 11.106 de 2005 alterou o Código Penal significativamente, descriminalizando condutas como a sedução e o adultério, por serem estes considerados ultrapassados, em descompasso com a evolução dos costumes sociais e em face da raridade de sua punição. Também o crime de rapto foi revogado, passando a ser a finalidade libidinosa como forma qualificada do crime de sequestro, o que demonstra um acerto pelo legislador, uma vez pertinente a proteção à liberdade pessoal.

O referido diploma revogou as hipóteses de extinção da punibilidade pelo casamento, ampliou o sujeito passivo do crime de atentado violento ao pudor, que passou a ter como vítima também o homem e, como ponto principal da reforma, foi eliminada a exigência de *honestidade* da mulher, considerada discriminatória de gênero.

Contudo, apesar da extinção dos referidos dispositivos, o sistema penal continuou a controlar a sexualidade com base na proteção a uma pauta moral de comportamento, ditada por costumes sociais, restando os crimes contra a liberdade sexual ainda compreendidos no título de crimes contra os costumes, até o ano de 2009, com a aprovação da Lei 12.015, que reconheceu a sexualidade como um aspecto indissociável da condição humana, logo, necessária sua proteção no âmbito da *dignidade sexual*.

## **2.2. O crime de estupro antes da Lei 12.015/2009**

Júlio F. Mirabete leciona que “o *nomem juris* deriva de *stuprum*, do direito romano, termo que abrangia todas as relações carnavais.” Dessa forma, em sua origem, o termo referia-se amplamente a qualquer ato impudico praticado contra homem ou mulher, abrangendo até mesmo o adultério.<sup>18</sup>

Em sentido estrito, entretanto, o legislador se referia à *conjunção carnal* praticada

---

18 MIRABETE, Júlio F. op. cit., p. 406.

contra mulher virgem ou não casada, tratando-se de união sexual ilícita, praticada *sem o emprego de violência*, pois o uso desta caracterizava-se como *crimen vis*, que era reprimido pela *Lex Julia de vi publica* com a pena de morte.

No Brasil, semelhante era a repressão conferida pelas Ordenações Afonsinas, durante sua vigência, ao crime de estupro, aplicando-se pena de morte ao homem que mantivesse, com uso de violência, relação sexual com mulher casada, religiosa, virgem ou viúva, não se elidindo a aplicação da pena capital mesmo que o agressor posteriormente se casasse com a vítima.<sup>19</sup>

As Ordenações Manuelinas previam, por sua vez, a obrigação do autor de casar ou ofertar dote à família de mulher virgem com quem tivesse mantido conjunção carnal consentida, prevendo nos casos de conjunção violenta a pena de morte, mesmo para os crimes sexuais praticados contra escravas e prostitutas, não se afastando a aplicação da pena capital com o casamento do agente com a vítima.<sup>20</sup>

O Código Criminal do Império, de 1830, definia o crime de estupro como a conduta de ter cópula carnal, por meio de violência ou ameaça, com qualquer mulher *honestas*, para o que estabelecia prisão de três a doze anos, mais o pagamento de dote à ofendida, com redução de pena de um mês a dois anos de prisão caso a vítima fosse prostituta.

Já o Código Republicano de 1890 trouxe a previsão detalhada da possibilidade do uso de violência psíquica na prática do crime de estupro, definindo violência como “não só o emprego da força física, como o de meios que privam a mulher de suas faculdades físicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se”, sendo cominada para este crime prisão celular, de um a seis anos, além do pagamento de dote à ofendida.

Com a edição do Código de 1940, o crime de estupro passou a ser definido como a conduta descrita no art. 213, em sua redação original, *constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de três a oito anos*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.060/90, incluiu na forma do § 1º do art. 213 a figura do estupro qualificado quando a ofendida fosse menor de 14 anos, ao que cominava a pena de reclusão, de quatro a dez anos. Posteriormente, com a edição da Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90, que elenca o crime de estupro e aumenta a pena do estupro

19 BARBOSA, João Victor Carvalho. A nova face do crime de estupro em razão da Lei 12.015 de agosto de 2009. 123 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Universidade Federal do Ceará, 2010, f. 17.

20 BARBOSA, João Victor Carvalho, op. cit., p. 17.

básico para *reclusão, de seis a dez anos*, deixou de ser aplicado o § 1º, pois previa pena menos severa para forma qualificada que a cominada para estupro básico, e seria um contrasenso punir menos severamente crime revestido de circunstância qualificadora.

Assim, com a Lei 8.072/90, foi o estupro definido como crime hediondo, o que traz como consequência a impossibilidade de concessão ao autor dos benefícios de anistia, graça ou indulto; não se lhe reservando o direito à fiança e à liberdade provisória, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado. Contudo, havia entendimento jurisprudencial, que chegou a ser considerado pelo Supremo Tribunal Federal, de que somente seria considerado hediondo o estupro na forma qualificada pelo resultado lesão ou morte.

Desse entendimento discordou Guilherme de Souza Nucci, observando acertadamente que

uma vez que o texto legal indicava, nitidamente, que o estupro (art. 213) e o atentado violento ao pudor, e também a *sua* combinação com o art. 23, isto é, quando for qualificado pelo resultado lesão grave ou morte, são hediondos. A despeito disso, o Supremo Tribunal Federal chegou a considerar não hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor na forma simples. Essa posição já não prevalecia no Pretório Excelso, que tornou a considerar hediondos os mencionados delitos, seja na forma simples, seja na qualificada pelo resultado.<sup>21</sup>

No crime de estupro na sua redação anterior à Lei 12.015/09, o bem jurídico tutelado era a liberdade sexual da mulher, bem como sua integridade física; apenas o homem podia praticar o delito, uma vez que apenas este pode manter a *conjunção carnal*, que consiste na “penetração do membro viril no órgão sexual da mulher, com ou sem o intuito de procriação.”<sup>22</sup> O sujeito passivo, por sua vez, era apenas a mulher, pois fora da prática da conjunção carnal, consistiam a cópula anal e outros atos libidinosos praticados mediante violência ou ameaça na figura do atentado violento ao pudor. Os elementos objetivos do tipo eram *constranger* (forçar, obrigar, coagir, tolher a liberdade) *mulher*, mediante o emprego de *violência ou grave ameaça*, à *conjunção carnal* (cópula entre pênis e vagina), e o elemento subjetivo era o dolo, específico do delito de estupro: a finalidade de constranger para a prática da conjunção carnal, envolvendo a satisfação mórbida do prazer sexual<sup>23</sup>

Discutiu-se, durante algum tempo, se seria possível a prática do crime de estupro

21 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.829.

22 MIRABETE, op. cit, p. 407.

23 NUCCI, op. cit., p. 828.

pelo marido que forçasse a mulher à prática de conjunção carnal. Os doutrinadores que negavam tal possibilidade argumentavam que a conjunção carnal seria dever recíproco dos cônjuges, justificando-se eventual recusa da mulher apenas caso o marido fosse acometido de moléstia venérea ou intentasse a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Entre os defensores dessa corrente, destacavam-se Bento de Faria, Hungria, Noronha e Fragoso.<sup>24</sup>

Afortunadamente, hoje tal discussão resta superada pela igualdade de direitos entre homem e mulher, consistindo em abuso de direito por parte do marido o constrangimento para a realização de conjunção carnal, o que ofende a dignidade e liberdade sexual da mulher. Com a edição da Lei 11.106/05, tal conduta, quando perpetrada pelo cônjuge ou companheiro, ganhou inclusive punição mais severa, nos termos do art. 226, que prevê causa de aumento de pena.

A consumação do crime de estupro se dava com a introdução, ainda que parcial, do pênis na vagina da mulher, não sendo necessário ejaculação ou orgasmo. Admite-se a forma tentada, sendo o intuito do agente o principal elemento destacado pela doutrina para se auferir se houve ou não tentativa de estupro.

As formas qualificadas de estupro correspondem ao resultado, em decorrência da conduta, de lesão grave ou morte da vítima. O resultado, aqui, deve ocorrer, pelo menos, a título de culpa do agente, exigindo-se o dolo na conduta antecedente (constranger por violência ou grave ameaça) e dolo ou culpa no resultado qualificador (lesão grave ou morte).

### **2.3. O art. 224 e a presunção de violência**

Os crimes sexuais que atentam contra a liberdade sexual são caracterizados pelo emprego de alguma forma de violência, quer seja esta *vis corpori illata* (violência física), seja na forma de *vis animo illata* (violência moral ou grave ameaça).

A doutrina, por sua vez, identifica o emprego de violência quando se verifica *resistência da vítima*, que é vencida por meio do ato violento, e é caracterizada esta pelo dissentimento, pela manifestação de vontade contrária da vítima, não se esperando desta que

---

<sup>24</sup> MIRABETE, op. Cit., p. 407.

realize ato heroico de resistência, mas apenas que demonstre sua oposição ao ato.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes<sup>25</sup>,

Sempre que a vítima oferece sincera *resistência* (que é a dinamização do dissenso) ao ato sexual desencadeado *contra* sua vontade, não existe a menor dúvida de que, ao ser quebrada ou vencida, a conduta (típica) do agente enquadra-se insuspeitavelmente no respectivo dispositivo legal.

Contudo, além do emprego de violência real, com o fim de vencer a resistência da vítima, quebrando sua vontade e constringendo-a à prática do ato sexual, há ainda maior ofensa à liberdade sexual da vítima quando esta não pode oferecer resistência.

É esta a figura do *abuso sexual*, que é praticado em face de vítima que, por alguma condição peculiar (idade, debilidade mental duradoura ou passageira, debilidade física, inconsciência, etc.), é incapaz de oferecer resistência, aproveitando-se o agressor dessa impossibilidade de reagir.

Nesses casos, muito embora a vítima possa manifestar sua vontade ou consentimento, imputa-se a ela a incapacidade de consentir para a prática do ato, impondo-se-lhe uma proteção especial, a saber, o dever total de abstenção de relações sexuais, pois, uma vez incapaz de consentir, entende-se que dissentiu, por consequência o ato sexual contra ela praticado tem caráter violento.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes<sup>26</sup> alerta que surge dificuldade formal, do ponto de vista da tipicidade da conduta, quando ausente a capacidade de oferecer resistência da vítima, já que não se configura no caso *agressão* sexual, pois uma vez ausente esta, a conduta do agente, *prima facie*, não se enquadraria diretamente no tipo legal violento. E prossegue o autor:

Teoricamente, para se promover a tutela penal nos casos de *abuso* e, conseqüentemente, evitar o *vácuo de tipicidade* (e, por conseguinte, de tutela do bem jurídico liberdade sexual), existem dois sistemas: o primeiro vale-se para tanto da *presunção de violência* (esse foi o acolhido pelo *ius positum*); o segundo (aceito na Alemanha, Itália, etc.) equipara ou assimila à violência a falta de consentimento válido (ou impossibilidade de resistência).

Assim, o ordenamento jurídico pátrio adotou a figura da violência presumida, presente no Capítulo IV do Título VI do Código Penal de 1940, nas disposições gerais aplicáveis aos crimes contra a liberdade sexual: art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

25 GOMES, Luiz Flávio. Presunção de violência nos crimes sexuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 18.

26 GOMES, Luiz Flávio. op. cit., pp. 18-19.

a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.<sup>27</sup>

A esse respeito, oportuno citar o inesquecível magistério de Nélson Hungria:

Fiel a um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a CARPSOVIO, o Código *presume* ou *finje* 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, e, a exemplo de outros Códigos modernos, acrescenta a esses casos de violência *presumida (ficta, indutiva)*, uma terceira hipótese, de caráter genérico: quando a vítima Tratava-se a presunção de violência de ficção jurídica, por *qualquer* causa, é incapaz de resistência.

Fundada na invalidade do consentimento apresentado pela vítima que, em determinadas circunstâncias, apresenta-se incapaz de oferecer reação e opor seu dissentimento à prática do ato sexual, a presunção de violência foi adotada no ordenamento jurídico pátrio conforme, basicamente, três hipóteses distintas: invalidade do consentimento pela pouca idade, e conseqüente pouca experiência; invalidade de consentimento por condição de debilidade mental; e invalidade do consentimento por qualquer motivo que impeça a resistência.

Segundo a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, a ficção legal de violência, quanto ao critério etário, fundamentava-se na *innocentia consilii* 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.<sup>28</sup>

Ainda sob a perspectiva da invalidade de consentimento, diante da ausência de compreensão acerca da situação sexual proposta pelo agente ou pela impossibilidade de se determinar de acordo com esse entendimento, a violência ficta estendia-se também aos casos de vítima “alienada ou débil mental”, conhecendo o agente tal circunstância.

Por fim, em disposição de caráter mais amplo, previa-se a violência como presumida em situações nas quais a vítima, *por qualquer outra causa*, não podia oferecer resistência. Tal expressão se referia aos estados de inconsciência ou incapacidade de resistência, determinadas por condições como enfermidade, debilidade orgânica, paralisia, embriaguez completa, hipnose, sono profundo, idade avançada, etc.

27 BRASIL, Código penal (1941). Disponível em <[http://www.dji.com.br/codigos/1940\\_dl\\_002848\\_cp/cp223a226.htm](http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp223a226.htm)> Último acesso em: 21/05/2012.

28 BRASIL. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>> Acesso em: 31 jan. 2013.

Na justificativa apresentada pelo legislador de 1940,

se a incapacidade de consentimento faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o **estado de inconsciência da vítima ou sua incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas** (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia etc.), **ou de especiais condições físicas** (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos). (grifo nosso).

No tocante à idade da vítima, utilizava-se o Código de critério subjetivo, baseado no que se presumia ser o desenvolvimento mental das pessoas nesta faixa etária. Elegeu-se determinada idade pela necessidade de adoção de critério objetivo pela Lei, mas como nem todos os indivíduos se desenvolvem da mesma maneira e como os fatores pessoais e culturais, étnicos e mesológicos determinam variações relevantes, o limite legal muitas vezes tem sua adequação questionada, o que é comum quando se adota critérios etários, a exemplo da discussão acerca da redução da maioridade penal.

O referido instituto foi alvo de muitos questionamentos por parcela da doutrina, que defendia a inconstitucionalidade de se estabelecer presunção, em matéria penal, o que consistiria em afronta ao princípio da presunção de inocência, o que ensejaria a necessária demonstração do emprego de violência ou grave ameaça no caso concreto, conforme se explanará mais detalhadamente no capítulo seguinte.

### 3. Da Natureza Jurídica da Presunção de Violência nos Crimes Sexuais

A classificação técnica tradicional das presunções as classifica em judiciais ou simples (*praesumptiones hominis*) e legais (*praesumptiones iuris*), que, por sua vez, se dividem em presunções absolutas (*iuris et de iure*) e presunções relativas (*iuris tantum*).

As presunções absolutas, ou *iuris et de iure*, são aquelas que não admitem prova em contrário, consistindo numa forma especial do legislador regram uma relação jurídica ou tipificar uma conduta, a partir do pressuposto de que determinadas situações não poderão ser objeto de contestação ou afastadas, pois seu conteúdo é de norma material, facilitando a atribuição de um direito em favor daquele em cujo benefício foi instituída.

A esse respeito, Gustavo Henrique Badaró ensina que “enquanto a presunção relativa dispensa a prova do fato, por ser este presumido, na presunção absoluta dispensa-se o próprio fato, que se torna irrelevante diante dos elementos legais exigidos para caracterização de uma determinada relação jurídica”.<sup>29</sup>

Por envolver um crime que tem elevada repercussão social, a figura da violência presumida foi alvo de diversas e conflitantes interpretações, desde seu ingresso no ordenamento jurídico, com o Código de 1890, que previa como critério etário a idade de 16 anos, muito embora nesse primeiro momento fosse amplamente aceito o caráter absoluto da presunção, com poucos posicionamentos em contrário.

Posteriormente, com a vigência do Código de 1940, foi tal presunção objeto de numerosas críticas e divergência jurisprudencial acerca de sua interpretação, pois discutia-se inclusive sua constitucionalidade em face do princípio da presunção de inocência, bem como sua conformidade com os direitos do adolescente trazidos pelo ECA.

Diante da redação obscura do art. 224, divergia a doutrina, principalmente, a respeito da natureza da presunção de inocência, se seria esta absoluta, inadmitindo-se a análise, pelo juiz, das evidências do caso concreto para sua aferição; ou se teria caráter relativo, passível de ser afastada, especialmente quando não houvesse a vítima dissentido da

---

29 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy . A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais como Presunção Absoluta: Análise de suas conseqüências e sua Compatibilidade com a Presunção de Inocência. In: Marcellus Polastri Lima; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988 - Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 124.

prática do ato.

### 3.1. Presunção de natureza relativa (*iuris tantum*)

Era predominante no meio doutrinário o entendimento de que a presunção de violência na hipótese da alínea “a” do art. 224 teria caráter relativo, ou seja, admitiria prova em contrário que ensejasse, a partir da análise do caso concreto seu afastamento, possibilitando a absolvição do acusado quando demonstrada no caso concreto a maturidade da vítima, que portanto seria capaz de consentir validamente, atenuando-se, assim, o rigor do texto legal.

O precursor da relativização da presunção de violência foi Néelson Hungria, que em seus Comentários ao Código Penal, apontava que a supressão do termo “não se admitindo prova em contrário” do correspondente dispositivo legal indicaria o propósito de se afastar a natureza absoluta da referida presunção.

Referido autor entendia também que interpretação sistemática do sistema jurídico penal permitia concluir a incompatibilidade da presunção absoluta com a responsabilidade subjetiva adotada pelo Código Penal, devendo a presunção ser afastada quando se tratasse de erro insuperável do agente, conforme assinalado em seus Comentários ao Código Penal:

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 pelo agente; o fato de ser a vítima uma prostituta de *porta aberta*.<sup>30</sup>

Hungria, então, admitia o afastamento da presunção de violência na hipótese de erro de tipo escusável pelo agente. Mencionava ainda em sua obra discordar de seu contemporâneo, E. Magalhães Noronha, para quem a suposição errônea pelo agente acerca da idade da vítima, quando esta aparentasse desenvolvimento precoce, sendo bastante criticada a avaliação da idade pela aparência, uma vez que lastreada pela dúvida, o que caracterizaria o dolo eventual.

---

30 HUNGRIA, Néelson. op. Cit., p. 242.

E, já que foi mencionado, oportuno citar o posicionamento adotado por E. Magalhães Noronha, ao argumentar a relatividade da presunção de violência: “é uma triste realidade da vida, mas uma realidade, a existência de prostitutas ou de meninas corrompidas menores de 14 anos (...). Para estas 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?”<sup>31</sup>

Ambos os autores, portanto, faziam referência à conduta sexual das vítimas, destacando a prostituição, a depravação ou simplesmente a experiência sexual anterior. Ora, serviu o testemunho de Néelson Hungria como base para a relativização da presunção de violência por diversos autores, entre os quais Júlio F. Mirabete, para quem

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; apresenta péssimo comportamento.** (...) Desaparece a presunção quando a menor aparenta ser maior de 14 anos pelo seu precoce desenvolvimento físico, embora haja decisões em contrário, ou quando o adente é informado pela vítima que tem mais de 14 anos e tal circunstância não é verdadeira (grifo nosso).<sup>32</sup>

Percebe-se que o comportamento sexual pregresso da vítima era analisado sob o ponto de vista moral, afastando-se a proteção penal da adolescente que não se demonstrasse ser recatada, pudica, inocente, o que remonta ao atributo de “honestidade”, retirando-se a responsabilidade do agressor e culpabilizando-se a vítima que tinha voltada contra si sua experiência sexual, ignorando-se o bem jurídico protegido.

Sob o mesmo enfoque, Damásio de Jesus assim diz em sua obra:

A presunção de violência no caso de a vítima não ser maior de catorze anos, é relativa, cedendo na hipótese de o agente incidir em erro quanto à idade desta, erro este plenamente justificado pelas circunstâncias. Exs.: meretriz de porta aberta, certidão falsa de nascimento apresentada pela vítima, aparência de maior idade pelo aspecto físico, etc. Se o agente estiver na dúvida quanto à idade da vítima, incidirá o art. 224, *a*, do CP, sendo presumida a violência, uma vez que o dolo eventual só exclui a presunção de violência no caso da alínea *b*.<sup>33</sup>

31 NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, 13ª ed – São Paulo: Saraiva, 1980, v. 3, p 228.

32 MIRABETE, op. Cit., p. 445

33 JESUS, Damásio E. de. Direito Penal – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 153.

Em seu *Tratado de Direito Penal*, Cezar Roberto Bitencourt é categórico ao afirmar que “esta presunção é relativa, aplicando-se até o dia em que o menor completar quatorze anos. O erro justificado sobre a idade do menor exclui sua aplicação, embora a dúvida possa configurar o dolo eventual, que é suficiente para subsistir a presunção de violência.”<sup>34</sup>

Interessante crítica é a tecida por Luiz Flávio Gomes, que para afastar a presunção de violência, parte da premissa de que o bem jurídico ofendido na maioria dos crimes sexuais é a *liberdade sexual*, ou seja, *o direito de exercer a atividade sexual em liberdade*. A partir daí, com o consentimento da vítima no ato sexual, não haveria ofensa ao bem jurídico tutelado, sendo necessário apenas aferir, no caso concreto, se o consentimento foi ou não válido, devendo ser evitado, pelo julgador, adicionar o requisito da honestidade para atenuar a presunção legal.<sup>35</sup>

Observa-se que a doutrina mais recente volta-se principalmente para o confronto da presunção de violência com os princípios da ofensividade e da culpabilidade para tomar como relativa a previsão do art. 224, *a*, afastando-se mais da exigência de honestidade da vítima adolescente para a configuração do crime sexual.

Com efeito, a alegada adoção de responsabilidade objetiva e possível afronta ao princípio da presunção de inocência era a principal crítica feita em oposição ao caráter absoluto da presunção de violência, e permanece como argumento contra a adoção do novo tipo estupro de vulnerável, introduzido pela Lei 12.015, razão por que merece este embate ser objeto de algumas considerações.

O princípio da presunção de inocência é um dos pilares do nosso sistema jurídico penal, cristalizado no brocardo *in dubio pro reo* e sedimentado como garantia processual, inerente ao sistema acusatório, de proteção à liberdade do cidadão, que é ameaçada pelo intuito repressor do Direito Penal.

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>36</sup>,

o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma

34 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 7. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011. 5 v., p. 72.

35 GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, p. 68

36 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 37.

de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Percebe-se que o princípio da presunção de inocência tem caráter processual, ligado, principalmente, ao ônus da prova. A respeito desse princípio, Luiz Flávio Gomes, citando julgado do Tribunal Constitucional Espanhol, aponta os pressupostos necessários para seu afastamento:

a) uma mínima atividade probatória; b) produzida com as garantias processuais; c) que a prova seja incriminatória (prova de “cargo”); d) que da prova se possa deduzir a culpabilidade do acusado; e) que a prova seja produzida em juízo (imediatidade e oralidade).

Estando o referido autor entre os que defendiam a incompatibilidade da antiga violência presumida com o princípio da presunção de inocência, citou em sua obra julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se afirma que a violência é um fato, e que não cabe, no Direito Penal, presunção de fato. Por consequência, não se poderia punir alguém por delito ao fundamento de que se presume a conduta cometida, consistindo a presunção de violência em punição por crime não cometido.<sup>37</sup>

### **3.2. Presunção de natureza absoluta (iure et de iure)**

É sustentada por uma pequena parcela da doutrina, embora o seja pela jurisprudência majoritária, a teoria de que a presunção estabelecida pelo legislador teria caráter absoluto, pois o consentimento do adolescente seria sempre inválido, ainda que este apresente desenvolvimento físico e psíquico superior à sua idade.

A respeito de presunção absoluta, ensina Prudente que

As presunções absolutas (juris et de jure) são aquelas que não admitem prova em

---

<sup>37</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp. 46.424-2, 6ª Turma, Relator Min, Luiz Cernicchiaro, j. 14.06.1994, DJU 08.08.1994, apud GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 19.

contrário e constituem em uma rachadura na regra, indo contra o princípio do livre convencimento do juiz. Estas presunções retiram do juiz toda e qualquer possibilidade de valoração da prova, não permitindo o estabelecimento da verdade real, o que se busca no processo.<sup>38</sup>

O autor pioneiro na defesa o caráter absoluto da presunção de violência no Código de 1940 foi Bento de Faria, para quem não importavam as condições pessoais da vítima menor de 14 anos, mesmo que esta fosse “corrompida ou já violada”, seria sempre absoluta a presunção, pois diante da imaturidade natural em virtude da tenra idade, não teria ela discernimento suficiente para escolher sobre a conveniência de adotar determinada postura em matéria sexual.

Haveria, então, um dever absoluto de abstenção de práticas sexuais com as pessoas especialmente tuteladas, ainda que com seu consentimento, tendo a idade de 14 anos sido fixada pelo legislador, retirando-se do intérprete da lei a aferição da maturidade do adolescente no caso concreto.

Atualmente, interessante posicionamento em defesa do caráter absoluto da presunção de violência é o defendido por Gustavo Badaró<sup>39</sup>, que delimita a presunção de violência no estupro como situada fora do campo probatório, pois, na verdade, tratava-se de expediente legislativo de simplificação da criminalização de uma conduta, facilitando a atribuição de um direito em favor daquele em benefício de quem ela fora instituída.

E prossegue o citado autor no seu raciocínio, segundo o qual o dissentimento da vítima seria elementar do tipo de estupro - constranger mulher à conjunção carnal em decorrência do emprego de violência ou grave ameaça. No entanto, nas hipóteses previstas pelo art. 224 como de violência presumida, o tipo penal prescindia do dissenso da vítima, percebendo-se, da conjugação do art. 213 com o art. 224, “a”, a existência de um tipo penal diverso, equivalente a “ter conjunção carnal com menor de 14 anos.”

Dessa forma, o legislador teria estabelecido pra o estupro a tipicidade da conduta que não tivesse como elemento fático a violência, sendo a prova deste aspecto da conduta irrelevante para a configuração do crime. Estabeleceu-se a punição da prática sexual com crianças e adolescentes menores de 14 anos, o que se percebe como política criminal adotada

---

38 PRUDENTE, Neemias Moretti. Tratamento Jurídico Penal acerca do Art. 224 do Código Penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1700](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1700)>. Acesso em jan 2013.

39 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy . op. cit., p. 128.

pelo legislador para a tutela de pessoas em condições especiais, a quem se reputou a incapacidade de consentir para o ato sexual, utilizando-se de um critério objetivo (idade), a fim de se evitar justamente que juízos de valor acerca da conduta da vítima ou de sua vida e atividade sexual desviassem o intérprete do objetivo maior de proteção à adolescência.

Por ser dispensada a prova do consentimento ou dissenso conforme estabelecido pelo legislador, para incidir a conduta na previsão especial do art. 224, “a”, tratava-se a presunção de violência de previsão absoluta, o que não significa dizer que esta presunção implicava em responsabilidade objetiva, pois a sua aplicação poderia ser afastada no caso concreto, quando se tratasse de hipótese de erro do agente quanto à idade da vítima, verificado a partir das circunstâncias em que se desenvolveu a conduta, não havendo, portanto, que se falar em tipicidade diante de erro de tipo escusável, situação em que restaria ausente o elemento subjetivo *dolo*.

Quando confrontada com o princípio da presunção de inocência, aqueles que defendiam o caráter absoluto da presunção de violência entendiam-na ligada ao direito material, ao dispensar a prova da ocorrência de determinado fato, no caso, prática de violência, que por sua vez derivava de um fato-base, a idade não maior que 14 anos, para que se realizasse o tipo penal.

Partindo-se desse ponto, recaía o ônus da prova não acerca da existência ou não de violência, mas na crença de que a vítima fosse maior de 14 anos, sendo absolutamente irrelevante se o ato sexual fora consentido ou violento.

### **3.3. A presunção de violência nos Tribunais Superiores**

A natureza jurídica da presunção de violência foi objeto de muita controvérsia jurisprudencial, tanto que mesmo após a vigência da Lei 12.015, ainda foram prolatados julgados com posicionamentos distintos, oriundos do mesmo órgão julgador.

Importante na construção jurisprudencial foi decisão da lavra do Min. Marco Aurélio, que instituiu precedente do STF acerca do caráter relativo da presunção de violência, embora posteriormente tenha a referida Corte assentado seu entendimento de que se tratava de presunção absoluta. Igualmente relevante e comentado pela doutrina foi julgado oriundo do

STJ, da lavra do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Transcrevemos ambos os julgados, respectivamente:

COMPETÊNCIA – HABEAS CORPUS – ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação a qual guaro reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO – PROVA – DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de vala maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO – CONFIGURAÇÃO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE DA VÍTIMA – NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213 do código Penal. **A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal.** Alcance dos artigos 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal (HC 73662-9-MG – j. 21.05.1996, 2ª turma – relator Min. Marco Aurélio – DJU 20.09.1996.)

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

Embora, nos julgados supra colacionados, a consequência seja comum, a saber, o afastamento da presunção de violência, ambos o fazem por fundamentos distintos. Enquanto no primeiro, da lavra do STF, relativiza-se a violência presumida para admitir-se prova de que a vítima havia consentido com o ato sexual uma vez, aferida no caso concreto a validade do consentimento.

Já no acórdão oriundo do STJ, o Min. Luiz V. Cernicchiaro aponta para a inconstitucionalidade da presunção de violência como presunção de fato, pois esta seria inconciliável com a responsabilidade subjetiva adotada pelo sistema penal, além de invocar o princípio da legalidade, diante do qual não se podia definir suposta conduta para atribuir-lhe sanção. A solução encontrada pelo jurista é então, um prelúdio da reforma penal de 2009, com a definição, semelhante ao modelo alemão, de delito consistente em manter relações sexuais

com pessoa menor de 14 anos.

Entretanto, apesar do precedente estabelecido pelo Min. Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal tem orientado sua jurisprudência no sentido de conceber a presunção de violência como *iuris et de iure*, além de plenamente constitucional, como se depreende a partir dos julgados:

Habeas Corpus. 2. Estupro. Presunção de violência. Vítima menor de 14 anos de idade. 3. **Sequer elide a presunção de violência o alegado fato do consentimento da vítima quanto à relação sexual.**4. **A violência ficta, prevista no art. 224, letra a, do Código Penal, é absoluta** e não relativa, conforme iterativa jurisprudência do STF.224Código Penal5. Por outro lado, não há nulidade no fato de não terem sido intimados os advogados cujo mandato fora revogado.6. Habeas corpus indeferido. (72575 PE , Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 03/08/1995, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 03-03-2000 PP-00060 EMENT VOL-01981-03 PP-00488)

Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): **caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual:** análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir. HC 73.662 HC 7560875608 (81268 DF , Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 15/10/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 16-11-2002 PP-00008 EMENT VOL-02052-02 PP-00274)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. **ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA, TENRA IDADE, PORTE FÍSICO E IMATURIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL. BIS IN IDEM. CONTINUIDADE DELITIVA. CABIMENTO DO ACRÉSCIMO DE 1/2 PELA PRÁTICA DE DEZ CRIMES DE ESTUPRO. PRETENSÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO.**1. **Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea a do Código penal é absoluta.** 2. Violência presumida, tenra idade, porte físico precário e imaturidade dizem respeito ao tipo penal, sendo incabível o acréscimo de quatro meses a título de circunstâncias judiciais desfavoráveis. 3. O artigo 71 do Código Penal determina o acréscimo de 1/6 a 2/3 da pena, dependendo da quantidade de delitos. No caso, mostra-se correto o acréscimo de 1/2 da pena em razão da prática de dez crimes de estupro.71Código Penal4. O artigo 33, § 2º, alínea a do Código Penal prevê o cumprimento de pena superior a oito anos em regime inicial fechado. Tendo o paciente sido condenado a nove anos e dez meses de reclusão, não tem direito ao regime inicial semi-aberto. Ordem concedida, em parte. (99897 PR , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 17/11/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-03 PP-00483)

EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO

CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. **VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA.** CRIME COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO MÁXIMA DA PENA. COMPATIBILIDADE COM O NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. PRECEDENTES. 1. O habeas corpus não se presta ao exame e à valoração aprofundada das provas, não sendo viável reavaliar o conjunto probatório que levou à condenação criminal do paciente por crimes de estupro e atentado violento ao pudor. 2. O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida.12.0153. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz.4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de delitos. Na espécie, consignado nas instâncias ordinárias terem os crimes sido cometidos diariamente ao longo de quase dois anos, autorizada a majoração máxima. (105558 PR , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 22/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-113 DIVULG 11-06-2012 PUBLIC 12-06-2012).

Contudo, a consolidação do entendimento da Corte Suprema não foi suficiente para por fim à controvérsia doutrinária e jurisprudencial que envolve a presunção de violência. Após a publicação da Lei 12.015/09, decisões que tinham como objeto fatos ocorridos sob a vigência do antigo texto legal adotavam posicionamentos distintos, a exemplo da divergência instaurada entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que foi objeto de grande repercussão no ano de 2012.

O posicionamento que vinha sendo adotado de forma não unânime pelo STJ se voltava à relativização da presunção de violência, diante da análise do caso concreto, considerava válido o consentimento da vítima menor de 14 anos e, havendo anuência por parte desta, considerava-se que a conduta não ofendia o bem jurídico *liberdade sexual*, portanto, era atípica.

Entretanto, a Quinta Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.021.634-SP, em acórdão de relatoria do Min. Jorge Mussi, publicado em 04 de outubro de 2010, reverteu o entendimento até então aplicado, decidindo pelo caráter absoluto da presunção de violência no estupro praticado contra adolescente menor de 14 anos. Tratava-se o caso de réu acusado de praticar estupro contra três adolescentes, todas menores de 14 anos, que havia sido absolvido em primeira e segunda instâncias com fundamento na presunção relativa de violência.

O argumento para afastamento da presunção de violência sustentado pela defesa, no caso, era “não haver ofensa à objetividade jurídica tutela pela proteção especial aos adolescentes (*a innocentia consilii*), pois as supostas vítimas detinham pleno

desenvolvimento, conhecimento e experiência sobre a sexualidade, bem como a liberdade de dispor do próprio corpo como sustento e forma de sustentar vícios, além de ostentarem avançada malícia decorrente do envolvimento com a criminalidade, o que lhes retira a credibilidade".<sup>40</sup>

O julgamento do REsp, seguindo precedentes do STF e da 5ª e 6ª Turmas do próprio STJ, restou assim ementado:

PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 10.215/09. VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta. 2. No caso, a experiência sexual da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime. 3. Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa. 4. Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação.

O acusado, então, interpôs Agravo Regimental visando reformar a decisão, mas não obteve provimento. Após opor ainda embargos de declaração, que não foram providos, o Recorrido interpôs Embargos de Divergência, apontando existência de entendimentos divergentes entre a 5ª e a 6ª Turma, ambas compondo a Terceira Seção do STJ, a respeito da presunção de violência, a respeito da qual a 6ª Turma tinha entendimento de que era relativa, enquanto a 5ª Turma entendia se tratar de presunção absoluta.

Ao julgar os embargos, a Min. Thereza de Assis Dessarte, entendeu pela manutenção da decisão absolvendo o acusado, proferida pelo Tribunal *a quo*, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto para fins de se configurar a presunção de violência. Considerou a Ministra que o fato apreciado não havia violado o bem jurídico tutelado, a liberdade sexual, portanto não podia ser considerado crime, já que constava dos autos que as menores já se prostituíam há algum tempo. Assim, foi fixado o entendimento de que a presunção trazida no artigo 224, alínea a, do Código Penal, revogado, tinha cunho relativo.

---

40 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rel. Thereza de Assis. Voto da Relatora no EREsp [1021634](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100993132&dt_publicacao=04/09/2012) SP. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100993132&dt\\_publicacao=04/09/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100993132&dt_publicacao=04/09/2012). Acesso em 31 jan. 2013.

Do voto da Relatora divergiram os Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Jr., enquanto os Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze, Vasco Della Giustina e Adilson Vieira Macabu acolheram o julgamento da divergência para fixar o entendimento pela relativização da presunção de violência. Em voto-vista, o Min. Gilson Dipp proferiu o seguinte entendimento:

a prevalecer o entendimento exposto no voto da Ministra Relatora -- segundo o qual o comportamento da vítima ofendida bem assim sua experiência sexual anterior, consentimento ou malícia constituem fator capaz de afastar a tipicidade da conduta do réu – 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, sujeita ao juízo de condenação em lugar do réu.

A decisão foi divulgada no *site* do STJ através de notícia com o título “Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa”<sup>41</sup> e, a partir daí, obteve grande destaque midiático, sendo alvo de muitas críticas, gerando um clima de tensão institucional, com a publicação de notas de repúdio pela Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Violência Contra a Mulher<sup>42</sup> e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda<sup>43</sup>, sendo reprovada também pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR<sup>44</sup>, pelo Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos<sup>45</sup>, pela Secretária de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, Aparecida Gonçalves<sup>46</sup>, pela Ministra da Secretaria de Direitos Humanos, Maria do Rosário<sup>47</sup> e pelo Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo<sup>48</sup>, tendo recebido também atenção da mídia internacional, através de notícia

41 Cf. <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175)> Acesso em 01 jan 2013

42 Cf. <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=104782&tp=1>> Acesso em 01 jan 2013

43 Cf. <<http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/2012/03/30-mar-2012-nota-publica-do-conanda-de-repudio-a-decisao-do-stj-que-inocentou-acusado-de-estupro>> Acesso em 01 jan 2013

44 Cf. <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-03-28/para-anpr-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-menores-e-uma-afronta-constituicao>> Acesso em 01 jan 2013

45 Cf. <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/escritorio-da-onu-critica-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-criancas.html>> Acesso em 01 jan 2013

46 Cf. <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-03-30/para-secretaria-decisao-do-stj-pode-banalizar-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>> Acesso em 01 jan 2013

47 Cf. <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-03-28/para-maria-do-rosario-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-vulneraveis-%E2%80%9Csignifica-constituir-um-caminho-de>> Acesso em 01 jan 2013

48 Cf. <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-03-29/ministro-da-justica-diz-que-e-contra-decisao-do-stj-sobre-estupro>> Acesso em 01 jan 2013

publicada pela revista *The Economist*<sup>49</sup>.

Para os que manifestaram sua reprovação ao entendimento do STJ, a decisão banalizava a violência sexual contra crianças e adolescentes, estimulando a impunidade e a pedofilia, promovendo o julgamento da vítima, e não do acusado, e fragilizando os direitos da infância e juventude, ferindo assim a além de ferir a Constituição Federal e o ECA.

Diante da repercussão negativa do caso, o STJ publicou nota de esclarecimento à sociedade<sup>50</sup>, afirmando que a decisão não promovia a institucionalização da exploração sexual de crianças e adolescentes, que não fora objeto de análise pela Corte Especial, assim como a pedofilia, tendo admitido apenas a relatividade da presunção de violência para permitir ao acusado apresentar provas de que o ato sexual fora consentido. Em trecho da nota, afirma-se que “o STJ não promove a impunidade. Se houver violência ou grave ameaça, o réu deve ser punido. Se há exploração sexual, o réu deve ser punido. O STJ apenas permitiu que o acusado possa produzir prova de que a conjunção ocorreu com consentimento da suposta vítima.”

Posteriormente, em apreciação a embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal contra o resultado do julgamento dos embargos de divergência, cuja intempestividade foi reconhecida, a Terceira Seção entendeu pela intempestividade do agravo regimental contra a decisão da Quinta Turma e, conseqüentemente, dos embargos de declaração e dos embargos de divergência, nessas condições não reabriu prazos para a oposição de embargos de divergência contra o mérito do recurso especial, pois o acórdão do recurso especial fora publicado em 4 de outubro de 2010, e os embargos de divergência só foram apresentados em 3 de maio de 2011, quando o prazo era até o dia 9 de outubro de 2010, portanto, intempestivo, retornando os autos ao TJSP.

---

49 Cf. <<http://www.economist.com/node/2155220>>1 Acesso em 01 jan 2013

50 Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290#](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290#)> Acesso em 01 jan 2013.

#### **4. Da Proteção à Criança e ao Adolescente**

A Constituição de 1988 consagrou às crianças e adolescentes especial proteção, conferindo-lhes a condição de sujeitos dos direitos inerentes à condição humana, além de direitos próprios à sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, como a proteção integral e a prioridade absoluta.

A ordem constitucional consagrou o dever do Estado, da família e da sociedade em trabalharem juntos para promover a proteção e assistência especial às crianças e adolescentes, para que estes possam crescer plena e harmoniosamente, no seio da sua família e comunidade, com acesso à educação para o pleno desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, garantindo-se-lhes a prioridade no atendimento e na formulação das políticas públicas necessárias à implementação de seus direitos.

Dessa forma, a legislação infraconstitucional também se volta para a observância dos princípios estabelecidos no plano constitucional e internacional para a promoção dos direitos da infância, contexto no qual foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma das legislações mais avançadas atinentes aos direitos da infância.

Entretanto, a nova condição de sujeitos de direitos enfrenta ainda o desafio de promover uma mudança na sociedade quanto à concepção de infância, bem como a conscientização e emponderamento das próprias crianças e adolescentes como sujeitos aptos ao exercício de seus direitos, na medida da sua capacidade, enquanto permanecem, por outro lado, ainda como objetos da proteção estatal, necessária à garantia de sua dignidade.

##### **4.1. Construção e Positivção dos Direitos de Crianças e Adolescentes**

No Brasil, antes de se chegar à atual concepção de infância e ao sistema de garantias a ela dedicadas, a figura da criança e do adolescente havia passado por diversas construções ou representações sociais, incorporações históricas que orientavam o tratamento e as políticas a eles destinadas, que foram baseadas, ao longo da história da vida social

brasileira, nas perspectivas de proteção social, de controle e disciplinamento e de repressão, para enfim serem direcionadas pela concepção desse grupo como pessoas em desenvolvimento, sujeitas de direitos inerentes a essa condição especial.

A perspectiva da criança e do adolescente como objetos de proteção social, que se desenvolveu durante os tempos de Brasil-Colônia (sécs. XVI a XVIII) consistia, basicamente, na preservação da vida, especialmente das crianças de mais tenra idade, perpetrada principalmente por instituições filantrópicas, influenciadas pelos ideais cristãos de caridade e compaixão pelo próximo. Sob essa ótica, as práticas sociais destinadas à infância e juventude consistiam em ações voltadas à alimentação, à saúde e ao enfrentamento do abandono, a exemplo do cuidado aos “menores desvalidos e enjeitados”<sup>51</sup> realizado pela Roda dos Expostos, no Rio de Janeiro, que assumia a responsabilidade de cuidado que caberia, originariamente, à família da criança.<sup>52</sup>

Já no século XIX e início do século XX, no contexto histórico da abolição do regime escravista e transição republicana, associados aos movimentos higienistas, foi instituída a ideia da criança e do adolescente como instrumentos da política de incentivo à manutenção da ordem e ao nacionalismo, incutido na juventude através da escolarização e profissionalização que deviam servir aos interesses do Estado, que passou a dividir com a família o dever de educação e proteção. Entretanto, para garanti a submissão aos interesses estatais e evitar que, principalmente os adolescentes, ingressassem na criminalidade, fez-se necessário disciplinar e controlar, especialmente aqueles vindos das classes mais subalternas, para que compusessem a mão-de-obra de baixa qualificação necessária à substituição do trabalho escravo e modernização do país.

Como se pode perceber, essa representação da criança e do adolescente como objeto de controle e disciplinamento, através da prevenção à marginalização e da capacitação para o exercício de trabalho desqualificado, para evitar que desenvolvam atividades que ameacem a ordem social, manifesta-se ainda hoje, através do ensino profissionalizante, que retira os adolescentes oriundos de classes mais desfavorecidas das ruas e os forma para assumirem postos de trabalho subalternos.

---

51 PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. Criança e Adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade. Fortaleza: Editora UFC, 2006. p. 53.

52 A Roda dos Expostos, ou Casa dos Expostos, era instituição de caridade que tinha como objetivo acolher crianças abandonadas, em geral de famílias muito pobres ou filhos ilegítimos, nascidos de relações estranhas ao casamento. Era chamada de “Roda” por conta do dispositivo que permitia que não fosse identificada a pessoa que depositava a criança pelo lado de fora da edificação.

Com a aceleração do processo de urbanização, acarretado pela industrialização nacional, a população que migrou para os centros urbanos não pôde ser absorvida pelo sistema social das cidades, passando a viver à margem do mercado de trabalho e do acesso a bens e serviços, em especial, no caso dos adolescentes, do sistema educacional. Como consequência, aumentou a concentração de adolescentes nos logradouros públicos das grandes cidades, gerando uma nova preocupação: com o crescimento da concentração de adolescentes nos centros urbanos, o sistema de profissionalização até então desenvolvido não foi suficiente para suprir a demanda, o que, associado ao aumento da criminalidade, restou por ameaçar a ordem social.

Passou, então o Estado a desenvolver uma política institucional de combate e prevenção à delinquência juvenil, contexto no qual foi elaborado o Código de Menores de 1927 e o Serviço de Assistência do Menor, subordinado ao Ministério da Justiça, em 1941, que promoveram a institucionalização do isolamento dos adolescentes que cometiam atos infracionais, uma punição para aqueles que representavam uma ameaça a sociedade, retirando-os do convívio social. Foi o SAM objeto de muitas críticas, até ser substituído pela FUNABEM em 1964.

A Fundação Nacional de Bem Estar do Menor, responsável pela implantação do Plano Nacional de Bem Estar do Menor (PNBEM), tinha como principal expoente as casas de internamento, que permaneceram com a mesma estrutura mesmo após o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nos Estados, foram criadas as Fundações Estaduais do Bem Estar do Menor, para implantação local da PNBEM. Durante esse período, nas palavras de Ângela Pinheiro, percebia-se a figura do adolescente “associada fortemente à ideia da violência, do adolescente como perigo e ameaça à sociedade, a concepção da criança e do adolescente como objeto de controle e repressão (...)”.<sup>53</sup>

Essa concepção baseada na ideia de repressão surgiu durante o período da Ditadura de Vargas, nos anos 1930, e teve maior abrandamento durante o período de redemocratização após a Ditadura Militar, nos anos 1970 e 1980, tendo sido instituído, em 1979, um novo Código de Menores. Porém, com o crescimento da violência urbana e aumento da preocupação da sociedade com a segurança, tem novamente ganhado força a repressão de adolescentes envolvidos com práticas delituosas, associada à discussões como a redução da idade de imputabilidade penal.

<sup>53</sup> PINHEIRO, Ângela. op. cit., p. 62.

Foi desenvolvida, com os Códigos de Menores, a figura do “menor” que, a princípio, denominava aquelas pessoas que ainda não haviam atingido a maioridade, mas passou, após a vigência do primeiro Código de Menores, a ter um teor discriminatório, passando a denominar a infância e adolescência pobres, nas categorias de carente, abandonado ou infrator. Ângela Pinheiro bem descreve essa desigualdade e categorização da infância e da adolescência:

“Há crianças e adolescentes cuja inserção social permite prever que serão adultos produtivos, que estarão engajados no desenvolvimento do País, e que ocupam o lugar social que lhes é destinado – de filho(a), de estudante, sem evidenciar comportamentos que perturbem a ordem estabelecida, enquanto outras crianças e adolescentes, não – necessitam de ser engajados em práticas sociais que previnam comportamentos delinquentes, e que os preparem para funções produtivas subalternas, que contribuam para o desenvolvimento do País”.<sup>54</sup>

Para legitimar a atuação do Estado voltada para o “menor”, desenvolveu-se a chamada doutrina da situação irregular, que preceituava que cabia ao Poder Público intervir nos casos considerados irregulares, a saber de menores em situação de carência, abandono e delinquência, que deviam ser objeto de repressão estatal para se evitar o risco que ofereciam à sociedade, destinando-se essa divisão discriminatória a crianças e adolescentes desprovidos de direitos, sujeitos à tutela estatal na figura do juiz de menores.

As diferentes representações sociais da infância e da adolescência até então destacadas têm, entre si, um ponto em comum: a criança e o adolescente como objeto, e não sujeito. Objeto de proteção e assistência, de controle e de repressão, considerados no que representavam para a família, para a sociedade, para o Estado, enquanto não encaixados socialmente. Ainda aqueles considerados dentro dos padrões da infância, eram sujeitos à autoridade parental, considerados no papel que viriam a assumir para a família depois que atingissem a idade adulta, antes do que não eram ainda considerados como pessoa.

Prevaleceram tais concepções até o desenvolvimento de uma quarta representação, que atualmente orienta o tratamento destinado a infância e adolescência, consequência das lutas internacionais e internas: a percepção de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, que tem como um de seus princípios fundamentais a igualdade perante a lei, que consiste na universalização de direitos, visando à sua inclusão, ao contrário das

---

<sup>54</sup> PINHEIRO, Ângela. op. Cit., p 68.

representações anteriores, marcadas por discriminações fundamentadas na origem socioeconômica, idade, estrutura familiar, etc. Ao serem compreendidos como sujeitos de direitos, crianças e adolescentes passaram a ser objeto de práticas sociais para o desenvolvimento de sua condição de cidadania, sendo destinatários de políticas públicas no seu contexto sócio-histórico, notadamente dentro de suas comunidades.

A construção dos marcos legais para a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes é fruto de um processo de evolução das lutas por direitos humanos, que se intensificaram, no cenário mundial, a partir dos anos 1970. Como consequência de esforços empreendidos pela sociedade, tal efetivação começou a ser discutida no Brasil já no período de redemocratização e retomada das garantias de direitos, na década de 1980.

No plano internacional, com os princípios e valores estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram elaborados vários tratados internacionais e construções filosóficas que difundiam a Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância, que teve na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, seu primeiro passo. Essa doutrina trazia uma nova concepção da criança e do adolescente, que passaram a ser vistos pela primeira vez como sujeitos de direitos, desenvolvendo-se também o princípio do “interesse superior da criança”, que consistia na destinação de cuidados especiais a esses sujeitos enquanto pessoas em desenvolvimento.

Sobre a necessidade de proporcionar à criança e ao adolescente proteção integral, difundida pela ONU em vários documentos, assim discorre Ângela Pinheiro:

Entende-se por proteção integral um conjunto de cuidados voltados para a proteção e a assistência à criança, de forma que possa ela assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade. O objetivo é que a criança atinja um 'pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, *devendo* crescer no seio da família, em ambiente de felicidade, amor e compreensão'.<sup>55</sup>

Foi a doutrina da proteção integral sistematizada com a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por unanimidade, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que foi assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990, firmando junto com os demais países signatários seu comprometimento em implantar os princípios estabelecidos pela Convenção, que, além de definir o conceito de criança, orienta os Estados-Parte ao estabelecer parâmetros para efetivação de seus princípios, norteados pelo objetivo de garantir o desenvolvimento saudável da infância, tanto individual quanto socialmente.

---

55 PINHEIRO, Ângela. op. cit., p. 87.

Nesse contexto, como fruto de articulações da sociedade civil, durante a elaboração da Constituição de 1988, foi inserido por meio de emenda popular o art. 227, que é uma síntese dos princípios constantes na Convenção:

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 comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>56</sup>

Em 1990, com a Lei nº 8.069, de 13 de julho, consolidou-se com o Estatuto da Criança e do Adolescente o arcabouço jurídico nacional da Doutrina da Proteção Integral universalizada na Convenção. Tanto o artigo 227 da Constituição Federal, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente tem seus fundamentos na normativa internacional considerando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, entre outros, que tratam dos direitos fundamentais e da proteção integral de crianças e de adolescentes.

O Estatuto, marcado por um intenso processo participativo na sua construção e implementação, institui importantes ferramentas de efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, como os conselhos dos direitos a níveis, nacional, distrital, estadual e municipal, com caráter deliberativo e de controle das ações governamentais e não-governamentais, de composição paritária, com o objetivo de assegurar políticas; e os conselhos tutelares, com o papel de zelar pelo cumprimento da Lei e atender os casos de violações dos direitos de crianças e adolescentes.

#### **4.2. Direito ao desenvolvimento sexual e proteção contra qualquer forma de violência ou exploração**

A partir do momento em que se reconhece a condição de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento, merecedoras, portanto, de especial proteção à sua dignidade, ganha a proteção à sua dignidade sexual importância como meio de garantir o livre, sadio e pleno desenvolvimento da personalidade, nos aspectos físico e mental, âmbito

---

56 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

no qual está compreendida a sexualidade.

A Convenção sobre os Direitos da Criança assegura às crianças e adolescentes o direito ao desenvolvimento de sua personalidade, de suas aptidões e capacidades mentais e físicas, em toda a sua potencialidade, bem como a proteção contra qualquer forma de violência, entre os quais o abuso e a exploração sexual, e obriga os Estados a combaterem, através de medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral, todas as formas de violência sexual, como o incentivo ou coação à prática de atividade sexual ilegal, exploração na prostituição ou em espetáculos e materiais pornográficos.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado colocar crianças, jovens e adolescentes a salvo de toda forma de exploração ou violência e, no § 1º do citado dispositivo, prevê punição severa para o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

O ECA por sua vez, em seu art. 3º, dispõe que crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes assegurado o desenvolvimento físico, mental, moral e social em condições de liberdade e dignidade, sob especial proteção em virtude da proteção integral que lhes é conferida.

De acordo com o mesmo diploma, nenhuma criança será objeto de qualquer forma de exploração ou violência, devendo a lei punir qualquer forma de atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais, sendo dever de todos velar pela sua dignidade e os pôr a salvo de qualquer tratamento violento, desumano ou cruel, entre outras disposições.

Também no ECA é estabelecida a política de atendimento a crianças e adolescentes, realizada por meio de ações articuladas entre órgãos governamentais e não governamentais de todos os entes federativos, que tem como uma das linhas de atendimento o combate ao abuso e à exploração sexual, através de serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de abuso ou exploração, entre outras formas de violência.

Destaca-se, nesse contexto, o Programa Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes (PNEVSCA), que promove, entre outras tarefas, a mobilização dos órgãos governamentais e da sociedade civil para o desenvolvimento e aplicação das intervenções locais de enfrentamento à violência sexual, além de promover campanhas de sensibilização e mobilização social, articular redes e comitês de enfrentamento

à violência. Outro importante eixo de trabalho do PNEVSCA é a coordenação dos sistemas de denúncia.<sup>57</sup>

O recebimento, monitoramento e encaminhamento das denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes é feito pelo Disque Denúncia Nacional, ou Disque 100, que é ao mesmo tempo um serviço de proteção e um canal de comunicação da sociedade civil com o poder público, que possibilita conhecer e avaliar a dimensão da violência contra crianças e adolescente, bem como orientar a elaboração de políticas públicas de enfrentamento.<sup>58</sup>

Como exemplo de ação interinstitucional voltada à garantia dos direitos de crianças e adolescentes e ao enfrentamento da violência, está a notificação compulsória de maus tratos ou outro tipo de violência em atendimentos pelos profissionais da saúde e da educação:

Para viabilizar a garantia dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente, duas categorias profissionais foram chamadas de forma especial pelo legislador. Os profissionais da saúde e da educação, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, passam a ser obrigados a comunicar ao Conselho Tutelar os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos praticados contra seus pacientes ou alunos, como se vê dos artigos 13 e 56 da mencionada legislação, a fim de possibilitar a adoção de Medidas de Proteção àqueles que se encontram em situação de risco ou de vulnerabilidade. A nova obrigatoriedade encontra respaldo no fato de que, muitas vezes, a situação de risco a que a criança e o adolescente estão expostos tem sua origem no próprio ambiente familiar, não se podendo esperar que a família tome a iniciativa de buscar os recursos capazes de proteger seus filhos.<sup>59</sup>

A proteção contra o abuso e a exploração sexual é um direito que tem, pois, como objetivo, garantir o livre e pleno desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes, garantindo-lhes estar a salvo de qualquer atentado à sua dignidade sexual, que possa lhes prejudicar num momento vital de transformações no desenvolvimento da sua personalidade.

---

57 Cf. Programa Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes. Disponível em [http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/spdca/exploracao\\_sexual](http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/spdca/exploracao_sexual), Acesso em 31 jan. 2013.

58 Cf. Disque Denúncia – o que somos. Disponível em [http://www1.direitoshumanos.gov.br/spdca/exploracao\\_sexual/Acoes\\_PPCAM/disque\\_denuncia](http://www1.direitoshumanos.gov.br/spdca/exploracao_sexual/Acoes_PPCAM/disque_denuncia). Acesso em 31 jan. 2013.

59 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Manual de rotinas para assistência de adolescentes vivendo com HIV/Aids / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 133.

### 4.3. Aspectos da sexualidade de adolescentes: experiência e maturidade sexual

A adolescência é um período da vida humana marcado por intensas transformações internas e externas, quando o indivíduo passa por uma reviravolta na vida pessoal e interpessoal, vivendo um período de crise em que se reorganizam a concepção que tem de si mesmo, do próprio corpo e das outras pessoas, trazendo o desafio de se relacionar com esses três fatores.

O início da adolescência é marcado pela puberdade, uma das maiores modificações no desenvolvimento biopsicossocial do ser humano, ainda mais intensa porque ocorre em um curto período de tempo.<sup>60</sup> O adolescente passa, então, pela puberdade corporal e pela puberdade psíquica, em decorrência das quais ocorre, também, uma puberdade social. Não há uma idade bem definida para o início e o fim da puberdade, mas esta acontece geralmente entre os 11 e os 14 anos, idade utilizada como parâmetro na tipificação do estupro de vulnerável, razão pela qual será mais destacado tal período nesse estudo.

Na puberdade se operam as mudanças mais perceptíveis no adolescente, fase na qual é desencadeado seu desenvolvimento sexual e o surgimento das características sexuais secundárias<sup>61</sup>, o que acarreta intensos questionamentos do adolescente acerca das mudanças que acontecem em seu corpo.

A imagem de si construída durante a infância se choca com o novo corpo, o que muitas vezes causa estranhamento e desconforto no púbere, que pode ser agravada por um sentimento de insegurança e/ou inadequação, quer seja diante da reação que essas mudanças provocarão no meio social, nos círculos afetivos próximos, quer seja diante dos padrões estéticos culturalmente aceitos.

Nas palavras de Içami Tiba,

Uma das situações que os púberes menos suportam é a de se sentirem diferentes ou anormais perante os outros. Eles querem ser originais por vontade própria, sob seu controle, mas sentem-se muito inferiorizados quando tais diferenças não estão sob seu controle.<sup>62</sup>

---

60 TIBA, Içami. Puberdade e Adolescência: desenvolvimento biopsicossocial. São Paulo: Ágora, 1986, p 07.

61 Caracteres sexuais secundários são diferenciações físicas que se desenvolvem em organismos superiores sexuados, que permitem distinguir entre o sexo masculino e feminino. Na espécie humana, as principais características sexuais secundárias, que se desenvolvem principalmente na puberdade, são a distribuição da massa muscular, alargamento do tórax e presença de pêlos faciais e corporais, enquanto nas mulheres, a distribuição de gordura, alargamento da bacia e desenvolvimento dos seios.

62 TIBA, Içami. op. cit., p. 15.

O modo como as outras pessoas reagem à nova imagem do púbere, por sua vez, também interfere no modo como a mente do adolescente absorve o desenvolvimento biológico, pois a partir do novo corpo, o adolescente passará a reconstruir sua imagem de si mesmo e buscará o reconhecimento das outras pessoas, o que irá interferir na sua auto-estima.

Abandonar as características infantis e assumir corporalmente os caracteres de adolescente e de adulto constituem o processo de reconhecimento da nova imagem corporal na auto-imagem do adolescente, o que, por sua vez, refletirá na construção da sua identidade nessa fase da vida.

A puberdade psíquica, por sua vez, apresenta transformações de forma mais lenta, pouco perceptíveis, sendo o amadurecimento psíquico influenciado pelo corpo e pelo ambiente. A mente do adolescente, diante das transformações físicas e externas, cria hipóteses para tentar compreender os acontecimentos corporais (ex. Menarca, poluição noturna) e sociais (novas relações afetivas). Nesse período, é importante ressaltar, o adolescente apresenta um pensamento hipotético abstrato, mas ainda não compreende o acontecimento.<sup>63</sup>

O adolescente, além de manipular o novo corpo, manipula também as novas características de sua mente, criando fantasias, situações abstratas, e começa a questionar e buscar novas soluções para as diversas situações em que se encontra. É nessa fase que, aparentemente abandonando o egoísmo infantil, o adolescente começa a se preocupar com as outras pessoas com quem está afetivamente envolvido, buscando assim seu reconhecimento e gratidão.

Podem também os adolescentes apresentar, dependendo de sua estrutura psíquica advinda da infância, dois comportamentos problemáticos: a postura depressiva diante das situações, caracterizada pelo retraimento, ou a postura inconsequente, na qual o jovem age sem tomar consciência do outro e das consequências de suas ações. Como resalta S. Freud, os reflexos dos estímulos sexuais recebidos na infância repercutem por toda a vida, alterando o natural desenvolvimento da criança: Onde intervém, a sedução invariavelmente perturba o curso natural dos processos de desenvolvimento e com frequência deixa atrás de si consequências amplas e duradouras.<sup>64</sup>

---

63 Idem, *ibidem*, p. 21.

64 FREUD, Sigmund. "Sexualidade feminina" in *Obras Psicológicas completas*, Edição Standard Brasileira. Volume XXI, Rio de Janeiro: Imago, 1996, p 241.

Com a nova percepção do outro, o adolescente passa também por uma puberdade social, que decorre do desenvolvimento físico e psicológico, a partir dos quais ele passa a ter uma percepção mais elaborada do ambiente, e passa a reagir de maneira diferente perante o social. Nessa fase, o púbere concentra-se mais em si e nas suas reações, voltando ao egocentrismo, demonstrando pouco interesse no próximo, e carregando no ambiente os seus conflitos internos.

É também na puberdade que as relações afetivas do adolescente ganham conteúdo sexual, passando o adolescente a dirigir as sensações afetivas, agora afetivo-sexuais, para pessoas diferentes do pai e da mãe. Nesse envolvimento afetivo, afloram no adolescente mudanças na sua auto-imagem, identidade, percepção corporal e auto-estima.

Desenvolve-se nessa fase o papel sexual do adolescente, que não apenas se identifica com o sexo determinado pelas características sexuais primárias, mas passa a praticar o potencial sexual acumulado, devido às novas sensações corporais causadas pelo desenvolvimento dos caracteres sexuais secundários e diferentes reações aos estímulos externos, que determinam a maturidade psíquica no âmbito da sexualidade.

Para Içami Tiba, o papel sexual é a unidade individual e cultural de uma conduta sexual, cuja complementação seria o encontro sexual, envolvendo, do ponto de vista psíquico, o complexo de vivências e impulsos que estão caracterizados por uma forma de prazer sensível, de colorido específico e, do ponto de vista corporal, envolvendo todos os órgãos e funções que estejam correlacionados, duradoura ou ocasionalmente, com o círculo específico dessas vivências.<sup>65</sup>

O desenvolvimento do perfil sociobiopsicológico sexual do adolescente resulta da interação entre a maturidade sexual biológica e a maturidade psíquica, sendo aquela atingida segundo características filogenéticas, enquanto esta depende da pessoa e do seu meio ambiente, pois o amadurecimento psicológico do adolescente segue um processo bastante irregular, podendo evoluir ou regredir, a depender da tranquilidade tanto interna quanto do meio.

A maturidade sexual, no aspecto estritamente biológico, dá-se com o desenvolvimento dos órgãos genitais e das características sexuais secundárias, culminando na menarca, para a mulher, e na semenarca, para o homem. A partir daí, as atividades sexuais dos

---

65 TIBA, p. 86

púberes passam de não-genitalizadas, em busca da satisfação da curiosidade e do autoconhecimento, a genitalizadas, com a finalidade do prazer orgástico<sup>66</sup>.

A vivência da sexualidade na adolescência passa por uma trajetória que vai do autoerotismo da fase inicial, passando por uma fase exploratória de si mesmo e do outro, até a relação sexual propriamente dita com integração de afeto e erotismo.<sup>67</sup>

Com a maturação biológica, o corpo do adolescente passa a contar com todas as características necessárias à reprodução. Não é novidade o fato de que a puberdade tem se iniciado mais cedo nos adolescentes, o que leva também à maior precocidade na primeira relação sexual, que pode ser prejudicial ao adolescente, enquanto não acompanhada da maturidade psíquica necessária para a vida sexual.

O púbere, psiquicamente, fica aberto aos estímulos e informações sexuais antes que o seu corpo comece a apresentar modificações pubertárias. Assim, as informações que passivamente recebem ficam gravadas. Geralmente, o púbere passa a buscar ativamente informações quando começam a surgir alterações corporais. Estas informações podem responder correta ou incorretamente às suas dúvidas e questionamentos quanto ao seu próprio corpo, ao corpo do outro sexo e às comparações que inevitavelmente ele faz com outros púberes ou pessoas mais velhas (...). Dependendo do grau de maturidade mental, o púbere elabora tais informações. Assim, um púbere corporal pode ainda ter pensamentos infantis. Seu corpo já mostra alterações corporais pubertárias, mas são infantis o seu comportamento e o seu posicionamento perante os amigos e adultos.<sup>68</sup>

Para a psicologia clínica, as condições básicas para que a atividade sexual seja positiva e integrada no processo de desenvolvimento são: informações necessárias sobre o funcionamento da sexualidade, métodos contraceptivos e doenças sexualmente transmissíveis; capacidade de lidar com as pressões do meio familiar e social quanto ao envolvimento sexual precoce; bem como a lidar com a torrente emocional desencadeada pelo aprofundamento da relação sexual e afetiva; e aptidão para o exercício de uma atividade sexual integrada com toda a personalidade, num contexto de interesse com o parceiro.<sup>69</sup>

O que acontece com frequência, porém, no envolvimento sexual precoce do adolescente, é que, apesar de apresentar a estrutura física apta ao relacionamento sexual e,

66 Idem, *ib idem*, p. 90.

67 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Manual de rotinas para assistência de adolescentes vivendo com HIV/Aids / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 14. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/10001021667.pdf>. Acesso em 31 jan. 2013.

68 TIBA, p. 107.

69 MONTORO, Gilda *apud* TIBA, op. Cit., p. 113.

aparentemente, deter muitas informações, provenientes das mais diversas fontes sobre sexo seguro, métodos contraceptivos e doenças sexualmente transmissíveis, tais informações ainda não atingem apropriadamente o público jovem, nem o estimula a uma postura sexual consciente e preventiva.

Apesar do constante fluxo de informações sobre sexo na mídia, em campanhas escolares e institucionais, o assunto ainda é objeto de repressão, visto como algo vergonhoso, proibido, especialmente em famílias ou pequenas comunidades mais tradicionais.

O despreparo para lidar com a sexualidade, as barreiras e os preconceitos que perpassam essa temática, são fatores que permeiam a vida de grande parte da população, tendo em vista que este assunto, na maioria das culturas, ainda é considerado tabu.

E por ser um tabu, as crianças não podem perguntar; os pais ainda ficam temerosos sobre o que responder, como responder, e o que não responder. O adolescente ainda não tem espaço para questionar, tampouco a confiança de que obterá uma resposta honesta. Vergonha, insegurança, medo, estereótipos e preconceitos ampliam a vulnerabilidade de adolescentes e problemas relativos à sexualidade e reprodução, sobretudo quando essas vivências esbarram na falta de apoio familiar e social. Infelizmente, a maioria das pessoas não se sente à vontade nem com a coragem de conversar sobre sexo, e não gostam de ser interrogadas sobre seu comportamento sexual.<sup>70</sup>

Assim, ainda que, teoricamente, o adolescente tenha conhecimento sobre as práticas sexuais e esteja a elas mais exposto culturalmente, o fato de ele estar preparado para a relação biologicamente não tem como consequência a preparação para a vida sexual, que envolve tudo o que antecede e sucede a relação sexual, suas consequências físicas, emocionais, afetivas e sociais.

Durante esse longo processo de transição, pode ocorrer que algumas etapas do desenvolvimento não tenham sido ainda completamente adquiridas, favorecendo uma maior exposição a riscos. A falta de percepção da própria vulnerabilidade bem como a possível falta de capacidade cognitiva para lidar com eventos hipotéticos futuros e a necessidade de incorporar a sexualidade como parte integrante de sua identidade podem contribuir para isto.<sup>71</sup>

---

70 PELÚCIO, Itanna Medeiros; FEITOSA, Luiz Tadeu. Gravidez na adolescência: toda informação necessária não é suficiente. Fortaleza, CE, 2007. 73 f. TCC (Graduação em Biblioteconomia) - Universidade Federal do Ceará. Curso de Biblioteconomia, Fortaleza-Ce, 2007. Disponível em : <<http://www.repositoriobib.ufc.br/00000A/00000A89.pdf>>. Acesso em 18 jan. 2013. pp. 27-28.

71 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Manual de rotinas ..., p. 23

Fatores como gravidez não planejada, doenças sexualmente transmissíveis (DST), uso de drogas lícitas e ilícitas, exposição aos acidentes em decorrência do comportamento desafiador e, sobretudo, a diversas formas de violência contribuem para que o adolescente esteja em situações de vulnerabilidade. E, nas situações de abuso sexual, o adolescente passa a reproduzir o comportamento agressivo ou sexualmente exacerbado de que foram vítimas, repetindo-se o ciclo da violência.

Levantamentos feitos pelo Ministério da Saúde através do Sistema de Informações de Agravos de Notificação (SINAN) informam que houve significativo aumento dos casos de AIDS em crianças e adolescentes entre 10 a 14 anos de idade, sendo os principais meio de infecção o contato sexual e o uso de drogas intravenosas<sup>72</sup>, que também esta associado a elevações nos índices de gravidez em adolescentes, principalmente as que se encontram em situação de vulnerabilidade social.

**Estudos demográficos apontam para crescente tendência de redução da faixa etária de início de vida sexual (em torno de 13 anos), refletida em altos índices de gravidez na adolescência**, o que coincide com um início igualmente precoce do uso de bebidas alcoólicas. (...) Os dados preliminares da última pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas – CEBRID/UNIFESP: relação ente o uso de crack e o desenvolvimento de comportamento de risco para a infecção de DST/HIV/AIDS, com 150 mulheres usuárias de crack de São Paulo e São José do Rio Preto, demonstram que **80% das entrevistadas referem que a idade da primeira experiência sexual ocorreu antes dos 15 anos de idade, sendo que metade da amostra teve sua iniciação antes dos 14 anos. Constata-se o dado alarmante de 17% da iniciação sexual por estupro.** Das entrevistadas, 72% referiram não saber que teriam de se proteger nas relações sexuais, revelando baixo conhecimento sobre doenças sexualmente transmissíveis; conseqüentemente, o percentual dessas mulheres que refere ter usado preservativo na primeira relação sexual é extremamente baixo: 7%.<sup>73</sup> (grifou-se).

Tais dados alertam para a alarmante realidade em que tem ocorrido o início da vida sexual dos adolescentes, numa complexa cadeia que envolve seu desenvolvimento biopsicossocial e a conseqüente vulnerabilidade a que estão sujeitos durante esse processo, o que justifica ser essa fase da vida humana objeto de especial proteção do Estado, através de

---

72 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Manual de rotinas ..., p. 32

73 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. SVS/CN-DST/AIDS. A Política do Ministério da Saúde para Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas/Ministério da Saúde. 2.ed. rev. ampl.– Brasília:Ministério da Saúde, 2004. p. 19. Disponível em <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns\\_alcool\\_drogas.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns_alcool_drogas.pdf)>. Acesso em 28 jan. 2013.

medidas repressivas e preventivas, entre as quais a ofertada pela legislação penal, que passará a ser objeto do capítulo seguinte.

## 5. Da proteção ao vulnerável na Lei 12.015

Se a violência, em si, é um dos maiores problemas enfrentados na atualidade, que atinge todos os brasileiros, deixando nas pessoas profundos traumas, pior se dirá do efeito da violência sexual, ainda mais ofensiva à dignidade e liberdade do ser humano, quando praticada contra uma personalidade em formação, ou contra alguém que, naturalmente, quer de forma permanente ou transitória, já se encontra despido de defesas, condições essas que caracterizam os vulneráveis protegidos pela Lei 12.015.

Dentre a categoria de vulnerável, são destacados os adolescentes e as crianças, sujeitos que, em virtude de diversos fatores inerentes à sua condição de pessoas em desenvolvimento, são objeto de atenção especial pelos ordenamentos jurídicos, pois necessitam de uma proteção diferenciada, para que tenham mitigadas as condições que os fragilizam diante da violência. Assim, a tarefa legislativa consiste em realizar o princípio da isonomia, adaptando-se e amenizando as desigualdades causadas pelas diversas condições de vulnerabilidade.

O Direito mundial atual desenvolve uma cultura diferenciada com o intuito de proteger o indivíduo no âmbito da sociedade e a preocupação de proporcionar a ele uma vida mais digna, com qualidade e conteúdo, no caminho da realização pessoal, profissional e familiar. Prova disso é a política do bem estar social adotada na Europa pelo programa Welfare State, que procura atingir as demandas da população desprotegida. Busca-se de todas as formas estabelecer a igualdade entre as pessoas, concebendo o mesmo tratamento e respeito, porém reconhecendo as desigualdades funcionais, sociais e econômicas.<sup>74</sup>

Com a finalidade de realizar essa missão do legislativo, foi instaurada, através do Requerimento 02/2003, uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para investigar a realidade da violência sexual em face de crianças e adolescentes. Como fruto do trabalho desenvolvido pela CPMI, foi elaborado o Projeto de Lei do Senado nº 253/04, que, com algumas alterações, foi convertido na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que modificou o Título VI do Código Penal.

Os resultados das investigações da CPMI demonstravam a realidade alarmante da

---

74 OLIVEIRA JR., Eudes Quintino. O conceito de vulnerabilidade no Direito Penal. Disponível em [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=2010040720082160](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2010040720082160). Acesso em 23 out. 2012.

violência sexual no Brasil, e através deles foi percebido que a tutela penal até então destinada à liberdade sexual não mais correspondia à realidade social brasileira, falhando em proteger principalmente as crianças e os adolescentes, grupo objeto de especial atenção do constituinte de 1988, que atentou para as condições de negligência e marginalização nas quais esses sujeitos se encontravam, razão pela qual a Lei Maior, ao elencar seu extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dedica o Capítulo VII à especial proteção da família, das crianças, dos adolescentes, dos jovens e dos idosos.

Nessa esteira, ao conferir tratamento diferenciado a pessoas em situações peculiares, o legislador infraconstitucional tem destinado diplomas que buscam efetivar o princípio da isonomia, como são exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e a Lei Maria da Penha, que estabelecem também punições mais severas para as condutas praticadas contra os sujeitos a quem se destinam, no intuito de lhes garantir real igualdade perante a sociedade.

Particularmente, quanto ao grupo infantojuvenil, foi constatada a larga exposição ao abuso e à exploração sexual, a despeito da proteção constitucionalmente estabelecida através do art. 227, que também em seu §4º estabelece que a legislação deve punir severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. A tipificação dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes como vulneráveis (juntamente de outras pessoas elencadas nessa condição) atende ao mandado de criminalização constante no texto constitucional, estabelecendo rígida repressão a comportamentos que violem a dignidade sexual dessas pessoas, consideradas incapazes de oferecer consentimento para as práticas da vida sexual.

Nesse raciocínio, a Lei 12.015 cria um Capítulo destinado à proteção do vulnerável, que traz, em síntese, os crimes de estupro de vulnerável, de corrupção de menores, de satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente e de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de vulnerável. Ressalta-se que esse Capítulo, Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável, corresponde ao revogado Da Sedução e da Corrupção de Menores, denominação que expressava o foco na tutela da moral do menor, e não no próprio menor como sujeito dos direitos que deveria a lei penal proteger.

Com a reforma de 2009, além de retirar a expressão “menor”, carregada das concepções ultrapassadas do antigo Código de Menores, a denominação do Capítulo se concentra na figura do vulnerável, incorporando a lógica do Estatuto da Criança e do

Adolescente da infância e juventude sob o prisma central de sujeitos de direitos, e ao mesmo tempo acoberta sob sua proteção outras pessoas que não as crianças e adolescentes, mas que são a estes equiparados por também se encontrarem em especiais condições de fragilidade frente ao fenômeno da violência sexual.

Sobre a especial proteção ao vulnerável no combate à violência sexual, César Roberto Bitencourt preleciona que o infantojuvenil ou criança/adolescente protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente merece atendimento especial do Estado e da lei, sendo agora reconhecida pelo legislador sua vulnerabilidade.<sup>75</sup> E continua o autor a destacar que status se justifica pelo quão nefastos são os efeitos da violência sexual contra crianças e adolescentes:

Destacamos, em especial, o abuso sexual infantojuvenil intrafamiliar como uma das mais graves formas de violência, pois lesa os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, apresentando contornos de durabilidade e habitualidade; trata-se, portanto, de um crime que deixa mais do que marcas físicas, atingindo a própria alma das pequenas vítimas.<sup>76</sup>

No tratamento legislativo conferido ao vulnerável, este trabalho se concentrará no emblemático (e polêmico) crime de estupro de vulnerável, que tem sido objeto de crítica por parte da doutrina e ainda carece de estudos aprofundados sob o prisma do direito infantojuvenil.

### **5.1. O crime de estupro de vulnerável**

Na tutela sexual do vulnerável instituída pela Lei 12.015/2009, foi criado o crime de estupro de vulnerável, através do art. 217-A, inserido no capítulo destinado aos crimes sexuais contra vulnerável:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

---

<sup>75</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p 90.

<sup>76</sup> Idem, ibidem.

§ 2o (VETADO)

§ 3o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4o Se da conduta resulta morte:

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

Destacam-se, pois, os elementos do crime de estupro de vulnerável: qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo*; tem como *sujeito passivo* pessoa vulnerável (crianças e adolescentes menores de 14 anos, enfermo ou deficiente mental desprovido de discernimento para a prática do ato sexual, ou pessoa com incapacidade de resistência); o tipo tem como *elemento subjetivo* o dolo, devendo o agente ter conhecimento de que a vítima se enquadra nas situações de vulnerabilidade; o *objeto material* é o vulnerável, ou seja, a criança, o adolescente menor de 14 anos e a vítima enferma, deficiente mental, incapaz de compreender o ato sexual ou por outra causa impossibilitada de oferecer resistência; e o bem juridicamente protegido é a dignidade sexual, podendo-se também apontar como bem juridicamente protegido o desenvolvimento sexual.

O novo tipo penal engloba as condutas outrora descritas como estupro (conjunção carnal) e atentado violento ao pudor (ato libidinoso diverso da conjunção carnal), porém, não traz a ação de “constranger” como núcleo do tipo penal, mas somente os verbos “ter” e “praticar”, portanto, não se exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça.

Nas palavras de Rogério Greco

“basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não sido levados a efeitos mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima.”<sup>77</sup>

É o crime de estupro de vulnerável praticável na forma comissiva, já que os núcleos “ter” e “praticar” indicam ação positiva do agente, admitindo-se também a modalidade omissiva, quando o agente for garantidor, ou seja, tenha o dever de agir para impedir o resultado. A consumação do delito se dá com a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, admitindo-se a tentativa.

<sup>77</sup> GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 6. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 688.

São modalidades qualificadas do crimes de estupro de vulnerável o resultado lesão corporal de natureza grave, que recebe pena de 10 a 20 anos de reclusão, e o resultado morte, apenado com 12 a 30 anos de reclusão, devendo ambos os resultados ser obtidos em decorrência da conduta dirigida à prática do estupro.

## **5.2. Sujeitos incluídos na categoria de vulnerável**

Os sujeitos tutelados pelo Capítulo referente aos crimes sexuais contra vulnerável têm, entre si, o elo comum da condição de vulnerabilidade, sendo nesta categoria compreendidos as crianças e os adolescentes com menos de 14 anos de idade, assim como pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não apresentem o discernimento necessário à compreensão da prática do ato, além daquelas que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência à prática sexual.

As pessoas elencadas acima são elencadas no crime de estupro de vulnerável:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Utilizou-se o legislador de dois critérios para definição dos sujeitos incluídos na categoria de vulnerável: a idade menor que 14 anos (critério biopsicológico), ou a presença de enfermidade ou deficiência mental (critério biológico), aliada à falta de discernimento (critério psicológico) para a prática do ato, ou a incapacidade de oferecer resistência, hipótese ampla.

Assemelham-se as hipóteses previstas como condições de vulnerabilidade com as hipóteses de presunção de violência constantes no revogado art. 224, objeto de análise em capítulo anterior.

No tocante ao critério idade, é considerada vulnerável a vítima que conta com menos de 14 anos de idade. Oportuno lembrar aqui as palavras de Rogério Greco, para quem “não existe dado mais objetivo do que a idade.” Porém, em algumas descrições típicas do

referido capítulo, como a do crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, não se restringe a proteção apenas aos adolescentes menores de 14 anos, ampliando-se a previsão para atingir os menores de 18 anos:

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

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

Tal redação oferece obstáculo a uma delimitação precisa de quem seriam os sujeitos considerados vulneráveis, visto que, uma vez situados no capítulo destinado aos vulneráveis, compreender-se-ia que os menores de 18 anos também seriam nessa categoria incluídos.

Em sua obra, César Roberto Bitencourt critica essa ampliação etária, tecendo as seguintes considerações:

No entanto, já no art. 218-B depara-se, novamente, com a adjetivação do vulnerável para outra faixa etária, qual seja, menor de dezoito anos, aparentemente, sem qualquer justificativa razoável. Com efeito, são situações completamente diferentes a condição de menor de quatorze anos, comparada à condição de menor de dezoito anos e maior de quatorze. Inegavelmente, o legislador ampliou o conceito de vulnerabilidade – que define satisfatoriamente a condição do menor de quatorze anos – para alcançar incompreensivelmente, o menor de dezoito anos (art. 218-B).<sup>78</sup>

Ressalte-se que, no art. 225, o legislador aumenta a dificuldade em se estabelecer quem são as pessoas consideradas vulneráveis ao dispor que “procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável”, o que leva a crer que os adolescentes menores de 18 anos não seriam considerados vulneráveis.

Guilherme de Souza Nucci afirma que “torna-se clara a utilização do conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques”<sup>79</sup>, e defende a intenção legislativa consistiu em apontar a existência de uma vulnerabilidade absoluta e outra relativa, nesta restando incluídos os adolescentes com idade entre 14 e 18 anos, permitindo-se também afastar a vulnerabilidade do menor de 14 anos, diante do grau de conscientização do adolescente de 12 e 13 anos para

<sup>78</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, op. Cit., p. 95.

<sup>79</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 53-54.

a prática sexual, sobre o que trataremos mais adiante.

Possível solução para essa controvérsia é obtida através da leitura da Justificação do Projeto de Lei do Senado que deu origem à Lei 12.015, que ao tratar da vulnerabilidade, refere-se a esta como atributo de crianças e adolescentes com idade até 14 anos e àqueles que não possuem, por enfermidade ou deficiência mental, discernimento para compreender o ato sexual ou por qualquer causa não pode oferecer resistência. E ao mencionar a faixa etária de 14 a 18 anos, é afirmado que a essas pessoas respeita-se certa liberdade sexual, considerando seu gradual desenvolvimento.

Daí se pode concluir que o adolescente entre 14 e 18 anos não é considerado vulnerável, mas a ele é equiparado com o fim de ver garantida a especial proteção prevista na Constituição Federal e na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, o que é perfeitamente consoante aos termos do art. 225 e das demais disposições que contemplam essa faixa etária e estão situadas fora do capítulo destinado aos vulneráveis, como no crime de estupro, no de mediação para satisfação da lascívia de outrem e no de rufianismo, nos quais a idade da vítima entre 14 e 18 anos é causa de aumento de pena.

Além dos menores de 14 anos, como já foi dito, também são considerados vulneráveis, de acordo com o § 1º do art. 217-A, aqueles acometidos de deficiência ou enfermidade mental que afaste o discernimento para a prática dos atos sexuais, em disposição idêntica à previsão da capacidade para os atos da vida civil, do Código Civil Brasileiro:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

(...)

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

Além da semelhança com a definição de incapacidade civil, é interessante observar a relação da vulnerabilidade com a inimputabilidade e a semi-imputabilidade estabelecidas no Código Penal, que menciona como inimputáveis aqueles que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, são inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato, ou aqueles considerados semi-imputáveis, que, por perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não são inteiramente capazes de compreender o caráter ilícito do ato; e ainda quando trata dos casos de embriaguez total ou parcial proveniente de caso fortuito ou força maior.

### **5.3. A interpretação da vulnerabilidade do adolescente sob a ótica do direito ao desenvolvimento sexual**

A proteção destinada ao adolescente diante das situações de violência sexual, após as modificações trazidas pela Lei 12.015, é orientada pelo princípio que norteia a repressão penal aos crimes sexuais: a dignidade sexual. Tratando-se de crianças e adolescentes, a proteção à dignidade sexual ganha um contorno especial em virtude da peculiar situação em que se encontram esses sujeitos, a saber, o desenvolvimento da personalidade.

E, como aspecto da personalidade, a criança e o adolescente estão, nessa fase da vida, desenvolvendo também a sua sexualidade. É desse referencial que se parte para compreender a dimensão da dignidade sexual a ser protegida na criança e no adolescente como o desenvolvimento sadio e harmonioso da sua sexualidade. Partindo desse pressuposto, tem-se que o bem jurídico protegido no crime de estupro de vulnerável é a dignidade sexual do vulnerável, que, no caso de sujeito passivo criança ou adolescente, é compreendida na dimensão desenvolvimento sexual.

Diverso é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, do qual ousamos discordar, para quem o objeto jurídico da norma em comento é a proteção à liberdade sexual.<sup>80</sup> Há que se entender equivocado tal posicionamento, sob pena de não ser conferida a proteção adequada à dignidade sexual da vítima, da qual não se pode desviar a aplicação da norma, caso contrário restaria ameaçado seu desenvolvimento físico, mental, moral e social, considerando-se os efeitos negativos e inúmeros fatores de risco decorrentes da iniciação sexual precoce em adolescentes<sup>81</sup>, sobre os quais já se falou no capítulo anterior.

Deve-se observar que, no abuso sexual, conduta recorrente do agressor é transferir o foco da vitimização do sujeito passivo, chamando a atenção para a experiência sexual da vítima, para a consensualidade do ato, para uma análise de sua conduta moral, para uma possível conduta “provocadora” por parte da vítima, ou ainda para um direito ao prazer sexual da criança ou do adolescente, desviando assim a atenção da sua própria lascívia, que busca

---

80 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.845.

81 v.g., gravidez precoce, doenças sexualmente transmissíveis, uso de drogas ilícitas, etc.

satisfazer com criança ou adolescente.

Não há que se falar em opção ou iniciativa da vítima, quando essa iniciativa não decorre do consentimento pleno, livre de qualquer vício, o que não se percebe em relações entre adolescentes na puberdade e adultos, uma vez que o abuso sexual ocorre predominantemente entre conhecidos, guardando a vítima relação de afetividade com o agressor. Porém, considerando-se a severa distância no grau de maturidade intelectual, emocional e sexual entre vítima e agressor, descabe falar em consentimento ou iniciativa da vítima.

Nas palavras de Denise V. Polizelli,

o que parece ser, muitas vezes, a demonstração de um desvio da personalidade da vítima, assinalando-a como culpada por ter sido sexualmente violada, nada mais é do que o reflexo da violência que sofreu e a apresentação de uma resposta, como alternativa para sua sobrevivência enquanto indivíduo.<sup>82</sup>

Coadunar com essa lógica é subtrair do adolescente sua condição de vítima, e mais, negar-lhe sua vulnerabilidade, observando-se com mais frequência a tolerância da sociedade frente ao abuso sexual contra adolescentes, sobretudo em se tratando de vítima em situação de prostituição, o que é ainda mais alarmante. Afasta-se a vulnerabilidade de vítima que já se encontra em situação de exploração sexual, sob a justificativa de que não seria mais “inocente” sobre as práticas sexuais, logo não estaria vulnerável frente a um adulto que “cedesse” às suas investidas.

É necessário afastar essa ligação da vulnerabilidade com a inocência da vítima quanto aos atos sexuais, quer seja devido à sua experiência sexual anterior, quer seja por já se encontrar em situação de prostituição, ou ainda mesmo por ter a vítima “consentido e/ou provocado” o ato sexual, pois desse modo se retorna à antiga lógica da presunção de violência fundamentada na *innocentia consilii* da vítima, o que é o mesmo que exigir a “honestidade” da vítima adolescente, um retrocesso rumo à proteção da moral e dos bons costumes.

Essa tendência em se justificar a vulnerabilidade de crianças e adolescentes no desconhecimento sobre as práticas sexuais está ligada à concepção de criança e de adolescente

---

82 POLIZELLI, Denise Vichiato. A concepção da infância e os crimes contra a dignidade sexual. Revista do Direito Público - Universidade Estadual de Londrina, Departamento de Direito Público. Londrina, v. 6, n 01 (2011) p. 15. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8255/8442>>. Acesso em 31 jan. 2012.

que tem a sociedade, que ainda liga a infância e a juventude à inocência, à figura angelical, à criança e ao adolescente que cumprem o papel social que deles se espera, a saber, as funções de filho e de estudante, retirando-se a proteção àqueles adolescentes e crianças que não se enquadrem nessa representação social ultrapassada, mas ainda presente.<sup>83</sup>

Olvida-se que a criança e o adolescente menor de 14 anos, que encontra-se na puberdade, independentemente das condições de vida a que esteja sujeito, seja prostituído, seja marginalizado, é um ser em desenvolvimento, que não tem ainda plenamente formada sua capacidade de compreensão, não apresenta raciocínio concreto acerca das consequências, pois ainda não atingiu a etapa de desenvolvimento psíquico que é capaz de empreender um raciocínio hipotético-consequencial concreto<sup>84</sup>, o que implica dizer que, por mais que manifeste desejo voltado ao ato sexual, não é capaz de conhecer as consequências da vida sexual.

Sua vulnerabilidade não se fundamenta na inocência, inexperiência ou desinformação, mas na falta da capacidade concreta de perceber as consequências dos seus atos, pela falta de maturidade psíquica inerente a esse estágio da vida humana. Portanto, não se deve interpretar a vulnerabilidade sob o paradigma da presunção de violência, pois sobre violência não versa o tipo penal, e sim sobre a vulnerabilidade dos sujeitos elencados, que, no caso específico do adolescente, deve ser compreendida na perspectiva primeira e maior de proteção ao desenvolvimento sexual sadio, a salvo de qualquer ameaça.

Nesse sentido,

Não é o caso de se defender uma “presunção de violência absoluta”, o que inclusive seria desproporcional. É notável o esforço do legislador em se fazer entender, diante de tantas interpretações distorcidas que a norma anterior apresentava. Não é porque a vítima apresenta “experiência sexual comprovada” (Nucci, 2009, p. 37) que em algum momento ela consentiu ou possui capacidade para compreender o significado do ato. Muito pelo contrário, se forem considerados, conforme apresentado anteriormente, que 80% da violência sexual ocorre entre conhecidos, e deste universo, 75% entre a figura paterna e a filha (SEABRA), a conclusão obrigatória é que não se trata de uma opção da vítima, mas uma coação do agressor.<sup>85</sup>

Mas se a vulnerabilidade não diz respeito à inocência do adolescente menor de 14 anos, indaga-se então sobre o quê se assenta, pois a Lei 12.015/2009 destaca a vulnerabilidade

---

83 Acerca das representações sociais da infância, v. 3.1.

84 Acerca do desenvolvimento psíquico na adolescência, v. 3.3.

85 POLIZELLI, Denise Vichiato. op. cit.

de um determinado rol de pessoas na condição de vítimas de violência sexual, mas não apresenta uma definição de vulnerável nem especifica em que aspecto consiste essa vulnerabilidade, o que é questão bastante relevante, pois, como bem assevera Cezar Roberto Bitencourt, todos nós em determinadas situações e em certas circunstâncias também somos mais, ou menos, vulneráveis.<sup>86</sup>

A indefinição do conceito de vulnerável é um problema apontado também por Rogério Greco:

Na verdade, não existe uma definição clara do conceito de vulnerabilidade. Quando se cuidou do crime de estupro, o novo diploma legal entendeu como vulnerável o menor de 14 (catorze) anos, bem como alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não pudesse oferecer resistência.<sup>87</sup>

É exigido do intérprete, então, maior esforço investigativo para se determinar o fundamento da vulnerabilidade e em que aspecto ela reside, no adolescente. A justificção do Projeto de Lei nº 253 menciona que

O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental. Não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer outro motivo, oferecer resistência.<sup>88</sup>

Daí se pode afirmar que o aspecto que se destaca na vulnerabilidade de crianças e adolescentes é a conseqüente incapacidade de discernir sobre a prática do ato sexual, portanto, incapacidade de ofertar consentimento válido para tal prática. Mas persiste ainda a dúvida sobre o que seria a vulnerabilidade.

De origem latina (*vulnerabilis*), o adjetivo vulnerável refere-se àquele que se encontra suscetível ou fragilizado numa determinada circunstância, e tem como definição: suscetível de ser ferido, ofendido ou tocado.<sup>89</sup> Para Guilherme de Souza Nucci, vulnerável é

86 BITENCOURT, Cezar Roberto. op. Cit., p. 89.

87 GRECO, Rogério. Adendo Lei nº 12.015/2009 - Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual.pdf. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2009. Arquivo disponível em: <[http://professor.ucg.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/14028/material/Rogério\\_Greco\\_Adendo\\_Lei\\_12.015\\_-\\_Dos\\_Crimes\\_Contra\\_Dignidade\\_Sexual\\_\(2009\)\[1\].pdf](http://professor.ucg.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/14028/material/Rogério_Greco_Adendo_Lei_12.015_-_Dos_Crimes_Contra_Dignidade_Sexual_(2009)[1].pdf)>, p. 104.

88 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 253 de 2004. Justificação, p. 04.

89 Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Vulneravel.html>>. Último acesso em 07 jan. 2013.

aquele passível de lesão, despidido de proteção.<sup>90</sup> O Ministério da Saúde conceitua vulnerabilidade como

o conjunto de fatores de natureza biológica, epidemiológica, social, cultural, econômica e política cuja interação amplia ou reduz o risco ou a proteção de um grupo populacional, diante de uma determinada doença, condição ou dano.<sup>91</sup>

No adolescente, a vulnerabilidade decorre da própria condição peculiar de desenvolvimento, da qual decorre sua fragilidade, pois nessa fase, caracterizada pela entrada para a maturidade, o indivíduo passa por um período de crise que se caracteriza pela reviravolta na vida pessoal e interpessoal, a fim de reorganizar as relações com os outros, consigo mesmo e com o próprio corpo, estando ainda sujeito a fatores agravantes dessa vulnerabilidade, associados à iniciação sexual precoce.

É por essa razão que a vulnerabilidade do adolescente não deve ser interpretada como uma presunção, posicionamento que vem sendo adotado por alguns estudiosos do tema. Ora, não há que se falar em presunção, pois, como já foi dito no Capítulo 2, presunção é um recurso intelectual no qual se parte de um fato provado para se concluir um fato não provado, de cuja existência não se pode ter certeza. Nas palavras de Gustavo Badaró, a presunção dispensa a parte por ela beneficiada do ônus da prova de uma alegação fática que, normalmente, lhe incumbiria (o fato presumido), e atribui à outra parte o encargo de provar o fato contrário.

Partindo-se do exemplo da presunção de violência, o fato provado seria a idade da vítima menor de 14 anos, que seria beneficiada então com o fato presumido (prática de violência), cabendo à parte contrária comprovar a existência do fato contrário ao presumido (caráter consensual da prática sexual).

Porém, não se trata a vulnerabilidade de fato. Não é a vulnerabilidade presente ou não a partir do caso concreto. Frise-se, pois, que a vulnerabilidade é condição inerente à adolescência, característica do ser em desenvolvimento, que não se fundamenta na inocência ou na inexperiência ou desinformação acerca dos atos sexuais, não cabendo, portanto, afirmar que a vítima que já é experiente ou que deseja o ato sexual não seria vulnerável.

Como já foi dito alhures, a precocidade da iniciação sexual contribui para expor o adolescente a diversos fatores de risco que, aliados à sua condição intrínseca de vulnerabilidade e imaturidade, agravam ainda mais sua fragilidade, passando os adolescentes

---

90 NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes... op. cit, p. 35.

91 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Manual de rotinas..., p. 88

a reproduzirem comportamento sexual de risco, ficando expostos ao contágio por DSTs, ao uso de drogas, à gravidez precoce e às diversas consequências físicas, sociais, afetivas e emocionais que a vida sexual (não simplesmente o ato sexual isolado) traz consigo e, para as quais, não estão os adolescentes de tenra idade preparados.

Não há que se falar, também, de relativização ou afastamento da vulnerabilidade por incompatibilidade da idade de 14 anos estabelecida para compreensão da vulnerabilidade com fundamento na capacidade de discernimento que o ECA, ao instituir as medidas socioeducativas, confere aos adolescentes, a partir dos 12 anos, que já seriam capazes de compreender o ilícito do ato infracional a ponto de se justificar a medida sancionatória punitiva.

Insubsiste tal argumento por dois motivos: primeiro, porque a natureza da medida socioeducativa é pedagógica, e não punitiva, pois o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo se fundamenta na natureza sócio-pedagógica das medidas, que são orientadas para a garantia de direitos e o desenvolvimento de ações educativas que visam à formação da cidadania do adolescente, e não à punição, o que demonstra que reafirmam a incapacidade do adolescente de ter pleno conhecimento da ilicitude do ato infracional. Segundo, porque a proteção conferida pela Lei Penal à idade de 14 anos advém de política criminal independente, que em legislação especial em relação ao ECA, visa ampliar a proteção a adolescentes.

Também não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, aplicação de responsabilidade objetiva nem ofensa ao princípio da ofensividade, uma vez que o bem jurídico passível de ofensa é o desenvolvimento sexual, e não a liberdade sexual de adolescentes, a qual não é reconhecida por prevalência da preservação da dignidade do ser em desenvolvimento. Como o tipo tem como elemento subjetivo o dolo, impõe-se ao agente o dever de abstenção da prática de ato sexual com pessoa menor de 14 anos, desde que essa condição seja conhecida pelo agente. A conduta do agente, para ser punível, deverá violar a dignidade sexual do ofendido através da não observância do dever de abstenção criado pelo legislador<sup>92</sup>, contanto que o agente tenha conhecimento da idade da vítima, caso contrário será excluída a tipicidade por erro de tipo, ou desclassificada a conduta para o delito de estupro.<sup>93</sup>

Compreende-se, portanto, a vulnerabilidade do adolescente menor de 14 anos como condição inafastável do desenvolvimento da sua personalidade e, nessa condição,

---

92 Cf. Justificação do Projeto de Lei do Senado nº 253/2004.

93 Nesse sentido, v. Rogério Greco, Comentários... p.p. 688-689.

impassível de ser objeto de presunção ou de afastamento, sob pena de se alijar o adolescente da condição de vítima, destinando-se a tutela efetiva da dignidade sexual apenas àqueles que correspondem ao que se espera dos “bons meninos e meninas” e expondo ainda mais aqueles que se encontram em diferentes situações que agravam sua vulnerabilidade, marginalizando-os e negando-lhes a proteção constitucionalmente garantida à juventude.

## 6. Considerações Finais

Diante dos estudos realizados, foi atingida uma compreensão acerca do crime de estupro de vulnerável no contexto das transformações sofridas pelo fenômeno da violência sexual na sociedade. A partir de investigação histórica acerca da evolução cultural da sexualidade e dos diferentes valores sexuais em nossa sociedade, pôde-se compreender os reflexos dessas transformações no Direito Penal Sexual Brasileiro.

Compreendendo-se os aspectos históricos da repressão à sexualidade, foi possível compreender a própria evolução da lógica legislativa até o patamar atual da proteção à dignidade sexual, sem ignorar a influência das construções históricas acerca dos delitos sexuais disseminadas nos meios social e jurídico, que estão presentes na atual interpretação desses delitos, como a valorização do comportamento sexual da vítima em conformidade com a moral pública.

Estudada a origem do crime de estupro, foi possível compreender a evolução da proteção à sexualidade, desde a repressão à sexualidade feminina e valorização do casamento e da instituição familiar, até a proteção da liberdade de autodeterminação sexual.

Analisada a construção histórica da extinta presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual, compreendeu-se o contexto social e os valores que condicionavam sua interpretação ao longo do tempo, e o acompanhamento desses fatores pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, bem como a controvérsia de que o tema foi objeto no meio jurídico e sua repercussão na sociedade.

Para compreender a tutela sexual da infância e da adolescência, foi necessário investigar o processo que levou à construção das diferentes concepções de infância e juventude, bem como os reflexos da história social da infância na sua tutela pelo Direito, até se chegar à atual concepção de sujeitos de direitos dotados da proteção integral à sua dignidade como humanos em desenvolvimento.

Aprofundando-se a discussão acerca do desenvolvimento biopsicossocial do adolescente, foi possível situar a sexualidade no desenvolvimento físico, mental, moral e social do adolescente, bem como identificar os fatores de risco que naturalmente envolvem desenvolvimento sexual, nos quais se fundamenta a vulnerabilidade do adolescente, sobremaneira agravável pela iniciação sexual precoce.

Com o acúmulo de todos os pontos desenvolvidos no presente estudo, foi possível atingir a adequada interpretação do crime de estupro de vulnerável no sentido de que a vulnerabilidade do adolescente, como elemento do tipo, não deve ser encarada como uma presunção, sob pena de se adotar a ótica da presunção de violência, ranço incompatível com a atual sistemática, uma vez que a vulnerabilidade não é fato, e sim característica inerente à condição de pessoa em desenvolvimento. Também conclui-se não ser adequada interpretação tendente a relativizar a vulnerabilidade com base na experiência sexual do adolescente menor de 14 anos, ou de numa equivocada atribuição de capacidade de consentimento, em virtude de o desenvolvimento da maturidade psíquica do adolescente nessa fase não abarcar a compreensão concreta das consequências da vida sexual.

Depreende-se ainda ser igualmente inadequada afirmação de que a vulnerabilidade do menor de 14 anos seria incompatível com o Estatuto da Criança e do Adolescente com fundamento na possibilidade de aplicação de medida socioeducativa para adolescentes a quem se atribui a prática de ato infracional, pois o próprio fundamento da aplicação da medida é a ausência e capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta pelos adolescentes, ao que se soma ser a ampliação da proteção instituída pela Lei Penal, especial e autônoma em relação ao ECA.

Compreende-se também que os fatores que envolvem a experiência sexual precoce em adolescentes apenas contribuem negativamente para a formação de sua personalidade, uma vez que, a despeito da difusão de informações acerca da sexualidade, tais informações não são discutidas nem disseminadas de modo a estimular comportamentos sexuais saudáveis, atingindo o adolescente de forma irrestrita, e associam-se ao desenvolvimento de comportamento sexual de risco por adolescentes, expostos ao contágio por DSTs, à gravidez não planejada e ao uso de drogas ilícitas, o que apenas contribui para a exacerbação da sua vulnerabilidade.

Atinge-se, portanto, a interpretação do estupro de vulnerável como crime cuja conduta prescinde da prática de qualquer violência, que impõe ao agente um dever de abstenção da prática sexual com crianças e adolescentes menores de 14 anos, com o intuito de tutelar seu desenvolvimento sexual, não cabendo a relativização da vulnerabilidade enquanto característica intrínseca ao adolescente e não ligada a fatores como experiência sexual, perfeitamente compatível com o modelo de responsabilidade subjetiva adotado pelo Direito Penal Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais como Presunção Absoluta: Análise de suas conseqüências e sua Compatibilidade com a Presunção de Inocência.** In: Marcellus Polastri Lima; Nestor Eduardo Araruna Santiago. (Org.). *A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988 - Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 289 p.

BARBOSA, João Victor Carvalho. **A nova face do crime de estupro em razão da Lei 12.015 de agosto de 2009.** 123 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Universidade Federal do Ceará, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 7. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011. 5 v. 420 p.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).> Último acesso em: 21/05/2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o código penal. 1940.** Disponível em <[http://www.dji.com.br/codigos/1940\\_dl\\_002848\\_cp/cp223a226.htm](http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp223a226.htm)> Último acesso em: 21/05/2012.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Último acesso em: 21/05/2012

\_\_\_\_\_. **Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal.** Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>> Acesso em: 31 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **Manual de rotinas para assistência de adolescentes vivendo com HIV/Aids /** Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 14. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/10001021667.pdf>. Acesso em 31 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Secretaria de Atenção à Saúde. SVS/CN-DST/AIDS. **A Política do Ministério da Saúde para Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas/Ministério da Saúde.** 2.ed. rev. ampl.– Brasília:Ministério da Saúde, 2004. p. 19. Disponível em <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns\\_alcool\\_drogas.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns_alcool_drogas.pdf)>. Acesso em 28 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Direitos Humanos. **Disque Denúncia – o que somos.** Disponível em

<[http://www1.direitoshumanos.gov.br/spdca/exploracao\\_\\_sexual/Acoes\\_PPCAM/disque\\_denuncia](http://www1.direitoshumanos.gov.br/spdca/exploracao__sexual/Acoes_PPCAM/disque_denuncia)>. Acesso em 31 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_ **Programa Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes**. Disponível em [http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/spdca/exploracao\\_\\_sexual](http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/spdca/exploracao__sexual), Acesso em 31 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 253 de 2004**.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rel. Thereza de Assis. **Voto da Relatora no REsp 1021634 SP**. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100993132&dt\\_publicacao=04/09/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100993132&dt_publicacao=04/09/2012). Acesso em 31 jan. 2013.  
BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp. 46.424-2, 6ª Turma**, Relator Min, Luiz Cernicchiaro, j. 14.06.1994, DJU 08.08.1994, apud GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 19.

COSTA, Maria Conceição O. *et alii*. **Sexualidade na adolescência: desenvolvimento, vivência e propostas de intervenção**. *Jornal de Pediatria* - Vol. 77, Supl.2, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em < <http://xa.yimg.com/kq/groups/24183809/1088503755/name/port-4.pdf> >. Último acesso em 04 jan. 2013.

Dicionário do Aurélio Online. Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Vulneravel.html>>. Último acesso em 07 jan 2013.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Estupro contra vulnerável: uma análise à luz dos princípios constitucionais e do sistema penal**. 2011. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2011.

FILARD, Mariana Faria. **O princípio da dignidade da pessoa humana e os delitos sexuais: o estupro de vulnerável e a (in) validade do consentimento da vítima**. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade Vale do Itajaí, 2011.

FREUD, Sigmund. "**Sexualidade feminina**" in *Obras Psicológicas completas*, Edição Standard Brasileira. Volume XXI, Rio de Janeiro: Imago, 1996, p 241.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 152 p.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI João Daniel, apud FAVORETTO, Affonso Celso. **Estupro contra Vulnerável – Uma Análise à Luz dos Princípios Constitucionais e do Sistema Penal**. 2011. 156f. – Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo 2011.

GRECO, Rogério. **Adendo Lei nº 12.015/2009 - Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual.pdf**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2009. Arquivo disponível em: <[http://professor.ucg.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/14028/material/Rogério\\_Greco\\_Adendo\\_Lei\\_12.015\\_-\\_Dos\\_Crimes\\_Contra\\_Dignidade\\_Sexual\\_\(2009\)\[1\].pdf](http://professor.ucg.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/14028/material/Rogério_Greco_Adendo_Lei_12.015_-_Dos_Crimes_Contra_Dignidade_Sexual_(2009)[1].pdf)>

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6. Ed. Ver. Ampl. E atual. Niterói: Impetus, 2012. 1145 p.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. **Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do Artigo 217-A, caput, do Código Penal**. 2011. 62 f. TCC (graduação) - Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, Brasília, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Compacto Jurídico**, 15. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 8, 537 p.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3. 430 p.

JESUS, Flávia Barbosa de et al. **Vulnerabilidade na adolescência: a experiência e expressão do adolescente**. Rev. Gaúcha Enferm. (Online), Porto Alegre, v. 32, n. 2, junho 2011. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-14472011000200021&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-14472011000200021&lng=en&nrm=iso)>. Último acesso em 06 jan. 2013.

MEHMERI, Carla Loureiro. **A Evolução Humana e a Violência Sexual no Direito Penal**. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B2463ED95-B3E1-4A8B-B87F-79BD08D4CA6C%7D\\_025.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B2463ED95-B3E1-4A8B-B87F-79BD08D4CA6C%7D_025.pdf)>. Acesso em 08 jan 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2, 510 p.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, 13ª ed – São Paulo: Saraiva, 1980, v. 3, 510 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 1152 p.

OLIVEIRA JR., Eudes Quintino. **O conceito de vulnerabilidade no Direito Penal**. Disponível em [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=2010040720082160](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2010040720082160). Acesso em 23 out. 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, 822 p.

PELÚCIO, Itanna Medeiros; FEITOSA, Luiz Tadeu. **Gravidez na adolescência: toda informação necessária não é suficiente**. Fortaleza, CE, 2007. 73 f. TCC (Graduação em Biblioteconomia) - Universidade Federal do Ceará. Curso de Biblioteconomia, Fortaleza-Ce, 2007. Disponível em : <<http://www.repositoriobib.ufc.br/00000A/00000A89.pdf>>. Acesso em 18 jan. 2013.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **O crime de estupro de vulnerável à luz do princípio da ofensividade e da teoria da tipicidade conglobante.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19667/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-a-luz-do-principio-da-ofensividade-e-da-teoria-da-tipicidade-conglobante>>. Último acesso em 21/05/2012.

PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. **Criança e Adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade.** Fortaleza: Editora UFC, 2006. 438 p.

POLIZELLI, Denise Vichiato. **A Concepção de Infância e os Crimes contra a Dignidade Sexual.** In: Revista de Direito Público - Universidade Estadual de Londrina, Departamento de Direito Publico, v. 6, n 01 (2011) p 03-19. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8255/8442>> Último acesso em 06 jan. 2013.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Tratamento Jurídico Penal acerca do Art. 224 do Código Penal.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1700](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1700)>. Acesso em jan 2013.

QUEZADO, Paulo. SANTIAGO, Alex. **Crimes sexuais: comentários à lei nº 12.015/09 sobre os crimes contra a dignidade sexual.** Fortaleza, CE: Grafica e Editora Fortaleza Ltda, 2010. 160 p.

RODRIGUES, Débora Alcântara. **A lei 12.015/2009 e a proteção ao vulnerável.** 2009. 100 f. TCC (graduação) - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza (CE), 2009.

TIBA, Içami. **Puberdade e Adolescência: desenvolvimento biopsicossocial.** São Paulo: Ágora, 1986, 237 p.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Dignidade sexual e proteção no sistema penal. **Rev. bras. crescimento desenvolv. Hum.**, São Paulo, v. 21, n. 2, ago. 2011. Disponível em <[http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12822011000200001&lng=pt&nrm=iso](http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822011000200001&lng=pt&nrm=iso)>. Último acesso em 05 jan. 2013.

VENTURA, Miriam; CORREA, Sonia. **Adolescência, sexualidade e reprodução: construções culturais, controvérsias normativas, alternativas interpretativas.** Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 22, n.7, Julho 2006. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2006000700014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000700014&lng=en&nrm=iso)>. Último acesso em 06 Jan. 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência e exploração sexual infanto-juvenil: uma análise conceitual.** Psicol. Clin., Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, 2012. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010356652012000100009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010356652012000100009&lng=en&nrm=iso)>. Último acesso em 06 Jan. 2013.