

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

DOS CRIMES HEDIONDOS – O ESTUPRO E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Carlly Eich Alves¹

Ezequiel Serafim da Paixão²

Ms. Régis de Andrade Cardoso³

RESUMO: A dignidade sexual é um bem jurídico constitucional e penal. Nele está inserida a liberdade sexual; a autodeterminação; a formação da personalidade sexual; e a escolha de com quem, quando e sob quais circunstâncias irá praticar o ato sexual. A prática deste ato sem o consentimento da pessoa configura-se crime de estupro - art.213 do CP -, qualificado quando resultar grave lesão ou morte, como também, quando praticado com vulnerável - art.217-A do CP. Vulnerável é um termo usado quando o indivíduo se encontra em estado que não possa exprimir sua vontade por determinadas circunstâncias. O Código Penal prescreve sobre alguém com enfermidade ou deficiência mental ou que por outra causa não pode oferecer resistência, como pessoas sob efeito de álcool ou drogas. E no *caput* do artigo os menores de 14 (quatorze) anos. Apesar da lei prever esta faixa etária, doutrina e jurisprudência defendem a relativização da mesma, por legislação especial que define 12 (doze) anos, abstração da realidade e severidade excessiva do Código Penal.

ABSTRACT: The dignity of sex is a legal and constitutional and criminal law. In it is embedded sexual freedom, self determination, the formation of sexual personality, and the choice of with whom, when and under what circumstances will perform the sexual act. The practice of this act without the consent of a person appears crime of rape - art.213 of the Penal Code - qualified as result of serious injury or death, but when practiced with vulnerable - art.217 of the CP-A. Vulnerable is a term used when the individual is in a state that can not express its will by certain circumstances. The Criminal Code prescribes about someone with mental illness or disability or other cause can not offer resistance, as people under the influence of alcohol or drugs. And in the minors heading of article 14 (fourteen) years. Although the law provide for this age group, doctrine and jurisprudence defend the relativization of the same, by special legislation that defines twelve (12) years, abstraction of reality and excessive severity of the Penal Code.

¹ Acadêmica do III termo de Direito da AJES – Faculdades do Vale do Juruena.

² Acadêmico do III termo de Direito da AJES – Faculdades do Vale do Juruena.

³ Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado – pelo (Univem) de Marília/SP.

PALAVRAS CHAVE: princípios penais; autodeterminação sexual; estupro; estupro de vulnerável; relativização do estupro de vulnerável.

1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ao estudar qualquer tipo de crime, urge abordar os princípios constitucionais, em especial os que lidam com direitos e garantias fundamentais. O foco ao bem jurídico e o seu grau de relevo à sociedade, ao indivíduo e ao Estado.

A natureza humana automaticamente correlaciona a conduta do criminoso ao desejo de fazer justiça. Sendo o objetivo do Estado Democrático de Direito a punição, consistindo na aplicação da pena. Sendo de grande importância o princípio da intervenção mínima, onde busca a justa aplicação da repressão penal, voltada para os delitos realmente indispensáveis à manutenção da paz social.

Outrora, os crimes hediondos não são crimes simples para se obter penas leves e multas, mais sim crimes graves contra a integridade física e emocional da vítima. Sendo que o Direito Penal não é voltado para *reeducar* seres humanos adultos, razão pela qual jamais pode ser equiparado ao castigo doméstico como forma de *educar* e *formar* a criança e o adolescente.

1.1. A Dignidade da Pessoa Humana Como Princípio Regente

O princípio da dignidade da pessoa humana exposta no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal constitui-se de dois aspectos fundamentais, objetivo e subjetivo. O aspecto objetivo abrange a segurança mínima existencial do indivíduo, sendo suas necessidades básicas atendidas para sua sobrevivência, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

No enfoque subjetivo, abarca o sentimento de respeitabilidade e autoestima do indivíduo, a qual forma sua personalidade e seu relacionamento em comunidade, merecendo considerações do Estado.

Segundo Guilherme Nucci, “o respeito à dignidade conduz e orchestra a sintonia das liberdades fundamentais, pois, estas são os instrumentos essenciais para alicerçar a autoestima do indivíduo”.

1.2. Princípio da Livre Formação da Personalidade

A personalidade é a individualização visível da pessoa humana, determinando a sua forma de ser e agir, tornando-a exclusiva. Além do patrimônio genético, componente indissociável da formação da personalidade, deve-se contar com o seu processo de vida para assegurar o destaque de um comportamento exclusivo.

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa humana, bem como da sua casa, do sigilo da sua correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, constitui parâmetros modeladores de um princípio maior, que é a livre formação da personalidade.

É direito fundamental do ser humano formar a sua personalidade de maneira livre, sem qualquer tutela estatal, razão pela qual necessita do respeito à sua intimidade e vida privada. O ambiente em que se desenvolve demanda proteção, motivo pelo qual a casa é o seu asilo inviolável. Ademais, a maneira como se relaciona com terceiros reclama inviolabilidade.

A intimidade é a relação do ser humano consigo mesmo, expressando-se em particularidades do seu modo de ser e agir. As relações familiares e amigáveis mais próximas constituem aspectos da vida privada, pois a intimidade do ser humano é ainda mais privilegiada.

A vida privada é constituída também pelos relacionamentos sexuais mantidos pelo indivíduo. A intimidade abrange a maneira de ver, sentir e projetar a sua vida sexual, incluindo atos patentemente individuais, como a masturbação.

A casa sendo asilo inviolável do indivíduo é o ambiente constitucionalmente protegido, a fim de assegurar o livre desenvolvimento e expressão da personalidade. No art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, dispõe que “ninguém pode penetrar numa casa sem o consentimento do morador, a não ser em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

1.3. Dignidade Sexual

A dignidade sexual é o conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada indivíduo. Associada a respeitabilidade e a autoestima, à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.

A atividade sexual é considerada integrante da intimidade e da vida privada, merecendo respeito e liberdade. Assim sendo, não se tolera a relação sexual invasora da intimidade ou vida privada alheia, sem consentimento, além do emprego de violência ou grave ameaça.

No campo da dignidade sexual abomina-se qualquer espécie de constrangimento ilegal, embora até mesmo a violência possa ser aceitável, desde que realizada entre adultos, com aquiescência.

2. A SEXUALIDADE COMO BEM JURÍDICO DO DIREITO PENAL

A dignidade sexual é um bem jurídico. Segundo Guilherme de Souza Nucci, “a idéia de bem significa algo interessante ao ser humano, apto a satisfazer de algum modo, sendo corpórea ou incorpórea. *Os bens jurídicos são os objetos e interesses tutelados pelo Direito*”.

Os bens jurídicos para o Direito Penal seguem o princípio da intervenção mínima e o princípio da ofensividade, ou seja, eles devem possuir relevante interesse. Esta relevância é avaliada a partir da evolução dos costumes e tradições, periodicamente.

O bem jurídico penal é constituído do interesse relevante presente, merecedor de proteção estatal na órbita criminal, respeitada a função do Direito Penal como última ratio, ou seja, última instância a ser buscada.

Configuram-se bens jurídicos penais:

(...) vida, integridade física, dignidade sexual, patrimônio, honra, saúde individual e pública, liberdade individual, intimidade, vida privada, sigilo da correspondência, asilo domiciliar, propriedade imaterial, organização do trabalho, sentimento religioso, memória dos mortos, família, incolumidade da justiça, fé pública, administração

pública, administração da justiça, finanças públicas, relações de consumo, meio ambiente, ordem tributária, ordem econômica, dentre outros. (grifou-se).

Sob o prisma subjetivo do princípio da dignidade da pessoa humana, este implica no sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano. A dignidade sexual é inerente à sexualidade humana. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo que o ser humano possa se satisfazer sexualmente como bem entender, sem interferência estatal ou da sociedade.

Não é aceitável a relação sexual invasora da intimidade ou vida privada alheia, sem consentimento, além do emprego de violência ou grave ameaça. Sendo considerado crime contra a dignidade sexual do que foi coagido, física ou moralmente.

Alberto Silva Franco nos ensina que a “*sexualidade é um componente inafastável da condição humana. (p464)*”. Deve ser reconhecida sobre essa matéria a diversidade de valores e de posicionamentos éticos, religiosos, psicológicos, culturais e etc.

Durante longo período de tempo a sexualidade era tratada numa perspectiva retrograda. Os tipos penais eram intitulados como crimes contra os costumes. Nessas distorções encontrava-se uma questão de gênero de uma sociedade machista que diferenciava as mulheres puras e impuras.

A virgindade e a honestidade eram preceitos para garantir o direito da mulher e não havia igualdade entre os sexos. A Lei 11.106/2005 trouxe algumas alterações nos “crimes contra os costumes”, mas não foram necessários. Com o advento da Lei 12.015/2009 extinguiu-se os crimes contra os costumes passando a denominar “crimes contra a dignidade sexual”.

Conforme Renato de Mello Jorge Silveira citado por Alberto Silva Franco nos ensina sobre a autodeterminação sexual:

“sucessivamente, a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, ou melhor, colocando, de modo amplo e genérico, a liberdade de autodeterminação sexual, considerando-se que uma pode se mostrar incompleta sem a outra. Este sim talvez o mais ideal mote de proteção: a liberdade de autodeterminação sexual”. P.468 (Renato de Mello Jorge Silveira. *Crimes sexuais*, São Paulo: Quartier, 2008, p171).

3. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Entre os crimes contra a dignidade sexual estão: estupro, violação sexual mediante fraude, assédio sexual, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, rufianismo, tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, estupro de vulnerável, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, todos contidos no Título VI do Código Penal, alterado pela Lei nº 12.015, de 07 de Agosto de 2009.

As alterações trazidas pela Lei 12.015/09, como ressalta OGAMA E NETO, foi a alteração do título VI do Código Penal, iniciando pela intitulação que anteriormente era “Dos crimes contra os costumes”, passando a denominar “Dos crimes contra a dignidade sexual”, deixando para traz todo um preconceito e um machismo e acompanhando as mudanças ocorridas nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Outra mudança muito significativa foi à *unificação dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor sob uma única denominação*: Estupro.

3.1. Estupro

No direito Romano *stuprum* remetia-nos a “qualquer congresso carnal ilícito - compreendendo até adultério”. O estupro é um crime grave por abranger lesão múltipla a bens jurídicos de crucial relevância.

O estuprador subjuga a vítima, tolhendo-lhe a liberdade e obrigando-a, de modo violento ou similar, a praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

A *conjunção carnal* pode ser ampla ou estrita. Na primeira é qualquer união sensual entre partes do corpo (cópula entre pênis e vagina/anal/oral, como também toques). Na restrita é apenas a cópula entre pênis e vagina.

A conjunção carnal de forma estrita é adotada pela doutrina e jurisprudência para designar *estupro*, enquanto os demais contatos físicos reservam-se a expressão *atos libidinosos*.

A forma de constrangimento é pela violência e a grave ameaça, partilhando-se entre coação física e intimidação séria e contundente. E o exercício de violência pode dar-se diretamente em relação à vítima ou contra terceiros.

NUCCI classifica o crime de estupro como comum, de forma livre, material (demanda-se resultado naturalístico), comissivo, instantâneo (o resultado dá-se em momento definido na linha do tempo), é crime de dano (afeta o bem jurídico da liberdade sexual), é unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa) e plurissubsistente (cometido em vários atos).

Como também pode ser tentado quando em torno do constrangimento não há a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso. O crime continuado caracteriza-se por várias ações, em dias diferentes, em circunstâncias de tempo e lugar similares e semelhantes o modo de execução. (Lei 8.072/90 – art.1. V). O consentimento da vítima é capaz de servir como excludente de ilicitude, ainda que exista violência no ato sexual.

Geovane Moraes analisando o crime de estupro e o embasamento legal referente ao crime constata que anteriormente o estupro era considerado como um constrangimento exercido contra a mulher para manter com ela a conjunção carnal.

Todavia com o advento da Lei 12.015/2009, estuprar significa *constranger alguém*, homem ou mulher, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Vislumbrando-se os trazidos pela Lei 12.015/2009, FRANCO nos mostra algumas considerações, como:

- a) O verbo *constranger*: possui vários significados, especificamente no estupro expressa conduta humana tendente a obrigar alguém a fazer o que não quer, forçar, coagir, compelir.
- b) Objeto direto: o pronome indefinido é *alguém*, que substitui o antigo texto que se expressava como *mulher*. Esta forma dá guarida ao princípio constitucional da igualdade de gênero.
- c) Objeto indireto: expressa-se na presença de um ser animado, destinatário da ação posta em prática, e tal complemento é identificável pela preposição a.

- d) Modo de execução do delito estupro: está indicado pela locução mediante violência ou grave ameaça. A primeira compreende o poder físico sobre o corpo da vítima. Já a grave ameaça é revestida de características de suficiência bastante para que venha a vencer a resistência do sujeito passivo.

3.2. A Ação Penal do Crime de Estupro

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal 10 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual: as Principais Mudanças Advindas com a Lei 12.015/2009 pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

O art. 255 do Código Penal foi alterado pela Lei 12.015/2009. Os *crimes contra a dignidade sexual precedente passou a ser pública condicionada à representação*. Entretanto será ação penal pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável.

O uso da Súmula 608 do STF: “*No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada*”, atualmente, é controverso. NUCCI se posiciona da seguinte maneira:

“elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação penal é pública condicionada à representação”.

Todavia, Greco (2009) e ESTEFAM (2009), citados por OGAMA, defendem a aplicação da referida súmula *aos casos em que o estupro resultar lesão corporal grave ou morte*. Ressalta-se ainda que no Congresso Nacional tramita o Projeto de Lei 6814/2010, de autoria do Senador Antônio Carlos Júnior. Este visa à alteração do parágrafo único do art. 225 do Código Penal que encerraria esta divergência e vincularia a seguinte expressão:

“se do crime resultar lesão corporal grave ou morte, ou se o autor for ascendente, padrasto, madrasta, colateral até o terceiro grau, tutor, curador ou pessoa com a qual a vítima convive sob o mesmo teto”.

Segundo Rômulo de Andrade Moreira, “a *representação é uma condição de procedibilidade imposta ao exercício da ação penal em relação a determinados delitos*. É a manifestação do ofendido ou seu representante legal para que se proceda à persecução penal”.

A apresentação pode ser informal, oral ou por escrito, para um delegado (a), juiz (a) ou promotor (a). A jurisprudência do TJSP mostra-nos sobre a representação com um simples Boletim de Ocorrência, vejamos:

"O Boletim de Ocorrência assinado por delegado de polícia, é documento hábil e vale como representação, pois nele se tem consubstanciada a vontade do titular da representação quanto a instauração do inquérito e providências em relação ao fato delituoso e seu autor." (TJSP - Rev. - Rel. Goulart Sobrinho - RT 557/315).

3.3. Aumento de Pena

Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

O primeiro inciso do art. 226 do Código Penal descreve o aumento punitivo de quarta parte da pena. *Se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas*. FRANCO se posiciona acerca deste inciso da seguinte forma:

“o desvalor da ação do autor, coautor e também do partícipe, implica uma reprovação social concreta intensa, dada a magnitude do bem jurídico tutelado nestes delitos. Inere-se assim, consistir a leitura mais condizente da causa de aumento de pena em exame”p1110.

O inciso segundo do artigo em questão autoriza o acréscimo punitivo de metade da pena calculada até a segunda fase do processo de aplicação punitiva (art.68 do CP), se o agente é ascendente.

Corroborando, Geovane Moraes se posiciona que:

“O estupro será qualificado quando resultar em lesão corporal de natureza grave ou se a vítima for menor de 18 ou maior de 14 anos. Se da conduta resultar a morte da vítima, a figura também será qualificada, com pena majorada.” p. 263

3.4. Estupro na Lei 12.015/2009 como norma mais favorável

Para FRANCO esta é uma norma penal mais favorável, sendo assim, retroage, nos termos do art. 5, XL, da Constituição Federal, aos já condenados anteriormente por estupro e atentado violento ao pudor em concurso material.

Corroborando com o tema esta a Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal: “*transitada em julgado à sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna*”.

Visto os casos de estupros qualificados de que resultou morte, a nova lei pode ser mais gravosa na sua aplicação.

O §1º do art.213, do Código Penal é uma nova qualificação aos adolescentes entre 14 e 18 anos de idade que merecem especial proteção. A prática de um ato sexual causa distúrbios psicológicos incalculáveis que podem ocasionar o cometimento, também, de atos violentos e similares.

4. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Uma das inovações da Lei 12.015/2009 foi a criação do crime de “Estupro de Vulnerável”, que é também considerado como crime hediondo pela redação da Lei 8.072/1990.

Antes da reforma que esta lei trouxe para o Código Penal havia hipótese semelhante que tratava sobre o assunto: a *presunção de violência* que era previsto no revogado art. 224.

O Estupro de Vulnerável configura-se na prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos ou com indivíduo com enfermidade ou deficiência mental, sem discernimento necessário para a prática de tal ato, ou quando não puder oferecer resistência.

Esta é uma proteção especial à vítima que tem *capacidade de resistência reduzida*, sendo menor de 14 anos, enferma (o), deficiente ou por algum motivo não oferecer resistência – pessoa sob efeito do álcool ou drogas.

Ao analisar o art. 213 e art. 217-A do Código Penal, o primeiro referente ao crime de estupro e o segundo ao crime de estupro de vulnerável, constatamos que no segundo a pena é mais severa, justamente de se tratar de pessoa vulnerável (frágil, sem resistência, passível de lesão).

Para Graziela Nasato “o estupro de vulnerável é um *crime comum e de forma livre, cujo elemento subjetivo do tipo é o dolo, não se admitindo a forma culposa, porém, que admite tentativa, em que pese, de difícil comprovação*”.

As qualificadoras do estupro de vulnerável encontram-se nos parágrafos 3º e 4º, que são, respectivamente, o resultado com lesão grave, conforme art.129, §§ 1º e 2º, ou morte.

4.1. Relativização do estupro de vulnerável por idade.

Anteriormente a Lei 12.015/2009 havia grande discussão nos tribunais acerca da relatividade da presunção de violência do antigo art. 224 Código Penal. Com a nova redação, mais precisamente no art. 217-A, como destaca GRECO, “*não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos*”.

Em sentido contrário está NUCCI, citado por GRECO, que apesar da nova redação ainda discutisse sobre o caráter relativo da vulnerabilidade, nos lecionando que:

“o nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluta da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada.

A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade”.

A Lei 12.015/2009 dispõe que a prática de atos sexuais com menor de 14 (quatorze) anos configura-se estupro. Todavia, esta interfere no princípio da especialidade, pois a Lei 8.069/1990 no *caput* do art. 2 considera a “criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Conforme destaca FRANCO, “*seria mais coerente que a Lei 12.015/2009 tivesse levado em conta a determinação contida no ECA*” – Estatuto da Criança e do Adolescente. Como também preceitua António Lopes Monteiro que “*melhor teria sido (...) que o legislador, ao manter a idade como elemento da tipicidade, reduzisse-a para doze anos*”.

O entendimento de João Batista Costa Saraiva não é diverso:

“se a legislação brasileira reconhece a condição de adolescente desde os doze anos de idade; permite que viaje desacompanhado por todo o território nacional, autoriza sua privação de liberdade na hipótese de autoria de um ato infracional, além de diversas outras prerrogativas, como o direito de ser ouvido e sua palavra considerada; exagera a norma em fixar em 14 anos e não em doze a idade limite” (O ‘depoimento sem dano’ e a ‘Romeo and Juliet Law’. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. *Bol.IBCCRIM*, dez., 2009, n.205, p.12-13.).

O bem jurídico tutelado pelo direito penal, *in voga*, é a liberdade sexual de um indivíduo. O ato sexual de uma menina ou um menino de 14 (quatorze) anos ou menos (ao menos que não seja uma criança, conforme estabelece o ECA), com o seu consentimento não pode ser considerado um crime.

Este é o entendimento do STJ – Superior Tribunal de Justiça, nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello, ainda no revogado art. 224 do Código Penal, que a presunção de violência em estupro de menores de 14 anos é relativa.

Corroborando com a defesa do tema em questão está a Apelação Criminal da Câmara Criminal do Acre:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA. CRIME NÃO CONFIGURADO. IMPROVIMENTO DO APELO.

1. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor nenhum ao seu consentimento. Ausente esse elemento, afasta-se a presunção.

2. Sendo a relação sexual praticada de forma consentida, decorrência natural de namoro, a presunção de violência prevista no art. 224, a, do Código Penal, resta afastada, ainda que a vítima contasse com 12 anos de idade, desde que presente a autodeterminação e ciência do ato que praticara. (APL 129702620038010001 AC 0012970-26.2003.8.01.0001. Rel. Pedro Ranzani. Julgamento:26/05/2011. Órgão Julgador: Câmara Criminal. Publicação: 01/06/2011).⁴

A idade de 14 (quatorze) anos como parâmetro é uma abstração da realidade do legislador. FRANCO questiona: “Transformações sexuais, alteração nos padrões socioculturais do mundo atual não poderiam determinar uma nova leitura daquele preceito legal?”.

Corroborando com este entendimento está o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“(…) A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema sexo flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas, até com menos de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-se rechaçar as propostas e agressões que nessa esfera produzirem-se e a uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo”.(Ap. 93.117-3 – Rel. Márcio Bártoli).

FRANCO nos leciona que o Código Penal exagera com o art. 217-A com a realidade da juventude no país de hipoteticamente cria uma história:

“um namoro entre adolescentes ou pré-adolescentes, entre um menino de 13 anos e uma menina de 11 anos, que resolvem realizar ‘manobras sexuais investigatórias’, (...). O que fazer? E se forem condutas homossexuais que acabam produzindo as reações mais estapafúrdias dos pais e às vezes da própria escola, chamando a polícia, criando escândalo, criminalizando a descoberta da sexualidade?”

⁴http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/TJAC/IT/APL_129702620038010001_AC_1307634505808.pdf, acesso em 11 de abril de 2012.

Klelia Canabravo Aleixo, citada por FRANCO, argumenta que é imprescindível “colocar em pauta a discussão sobre os direitos sexuais da população infanto-juvenil como direitos humanos inalienáveis e tal discussão apontaria para a inadequação de um marco legal (des) autorizador do seu exercício”. Pois, pela legislação penal a natural experiência sexual dos jovens transformou-se em crime.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento dos Crimes Sexuais foi uma grande conquista no Direito Penal, abandonando uma história preconceituosa e machista. A autodeterminação sexual tornou-se um direito do indivíduo ter a liberdade para manter relações sexuais como desejar. Acerca deste princípio deparamos com a exceção do mesmo referente aos vulneráveis por faixa etária. Todavia, quando observada à realidade da juventude brasileira, a vulnerabilidade torna-se relativa, como é defendida por doutrina e jurisprudência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DIGITAIS

NUCCI, Guilherme de Souza. “*Crimes Contra a Dignidade Sexual*”. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

MORAES, Geovane. Como se preparar para o exame de Ordem, 1ª. Fase: penal / Geovane Moraes, Rodrigo Julio Capobianco ; coordenação Vauledir Ribeiro Santos. - 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo: MÉTODO, 2011

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco. – 7. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009/Guilherme de Souza Nucci. – 2.ed. re., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III / Rogério Greco. – 7. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. Estupro no Big Brother Brasil 12?. Revista Jurídica Consulex – Ano XVI, n. 362., de 15 de fevereiro de 2012. P56-57.

Significado da expressão “persecutio Criminis”. <http://afc-9641.cim.br/glos/81.htm>, acesso em 09 de abril de 2012.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - a Lei nº 12.015/09. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31800-36822-1-PB.pdf>, acesso em 06 de abril de 2012.

OGAMA, Willian Oguido. NETO, Eduardo Diniz. Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual: as Principais Mudanças Advindas com a Lei 12.015/2009. UNOPAR Cient. Ciênc. Juríd. Empres. Londrina, v.12. Setembro de 2011. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42985/dos_crimes_contra_ogama.pdf?sequence=1, acesso em 06 de abril de 2012.

PFEIFFER, Luci. SALVAGNI, Edila Pizzato. Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência. J Pediatr (Rio J). 2005; 81(5 Supl):S197- S204. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/jped/v81n5s0/v81n5Sa10.pdf>, acesso em 06 de abril de 2012.

NASATO, Graziela. Crimes contra a dignidade sexual: Alterações trazidas pela lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Revista Jurídica – CCJ/FURB ISSN 1982, v.14, nº 27, p60 – 74, jan./jul. 2010.