

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Carolina Franco Zeni

**O ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL E O PATERNALISMO JURÍDICO:
DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDÊNCIAS**

Porto Alegre

2015

CAROLINA FRANCO ZENI

**O ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL E O PATERNALISMO JURÍDICO:
DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDÊNCIAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves.

Porto Alegre

2015

CAROLINA FRANCO ZENI

**O ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL E O PATERNALISMO JURÍDICO:
DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDÊNCIAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 16 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Dra. Vanessa Chiari Gonçalves,
Orientadora

Professor Dr. Mauro Fonseca de Andrade

Professor Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Dedico esta dissertação a todos que despertaram meu olhar questionador e reflexivo e, sobretudo, aos que me encorajaram a lutar pela mudança.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Maristene Franco Zeni e Moacir Carlos Zeni, por tornarem o caminho até a faculdade possível, sempre me possibilitando o melhor ensino e condições possíveis, ensinando-me os valores de lutar por si só para conseguir antes do reconhecimento, a sabedoria, a educação e conhecimento, e por sempre me mostrarem estes como valores dos mais preciosos.

Agradeço as minhas irmãs, Catarina e Isadora, pela compreensão e admiração dessas que sempre me querem por perto. Mas compreendem a necessidade de me afastar para estudar e trabalhar. E pelo incentivo de ser-lhes exemplo de dedicação e mulher das duas menores pessoas que amo no mundo.

Agradeço à Professora Vanessa Chiari Gonçalves por ter despertado meu interesse pelo estudo do Direito Penal e pelo acompanhamento como orientadora dessa monografia.

Agradeço aos meus queridos e sinceros amigos e colegas que em todos os momentos que pensei em desistir e postergar minha formatura estiveram ali, descomplicando e fazendo o papel que somente bons amigos fazem: Mariana Tadewald (por ser a melhor companhia nas aulas de sucessões e nas festas do Margot), Bruno Menegat (pela amizade e pelas caronas para casa, que por vezes acabavam em agradáveis jantares na cidade baixa), Pedro Antunes (por sempre estar por perto nos momentos bons e ruins), Roger Lucas Bavaresco (obrigada em especial pelos melhores cadernos e pela pessoa bem humorada e experiente que és, sempre dando os melhores conselhos), Daniela Dall'agnol (por ser amiga, colega de trabalho e de faculdade), Alessandra Garcia Rohrig (melhor veterana e amiga), Paula Miranda (meu maior exemplo de dedicação e determinação), Amanda Prates (a mãe do grupo e agora do seu próprio filho(a) que está por vir), Guilherme Fox (pelos melhores cadernos do seu ano), Tami Fabris (pelo gentil auxílio com as traduções e por ser esta pessoa e amiga maravilhosa), Amanda Menegaz (pela amizade incondicional em qualquer lugar do mundo).

Agradeço aos colegas de Trabalho do TJ/RS que empaticamente se reajustaram para que minhas férias, voltadas à realização desse trabalho e das provas finais, fossem possíveis, agradeço em nome das chefes Rosane Faraon Dorn, Secretária de Câmara Substituta, e Anete Hilgemann, Secretária de Câmara.

RESUMO

O crime de estupro contra vulnerável é, de fato, necessário à proteção do sujeito hipossuficiente, todavia, sua legitimidade absoluta é capaz de interferir na liberdade sexual do indivíduo, uma vez que nem sempre o menor de 14 anos estará em situação de vulnerabilidade. Inclusive a redação da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabeleceu a idade mínima de 12 anos completos como idade a partir da qual o ser humano teria maior autonomia. A pesquisa proposta por este trabalho busca analisar a efetividade da aplicação do artigo 217-A do Código Penal, procurando soluções para que tal dispositivo atinja uma eficácia satisfatória considerando o sistema penal em que se insere. Destarte, a eficácia suprarreferida seria atingida por meio da real proteção de indivíduos vulneráveis sem criminalizar indivíduos inocentes por meio da interferência paternalista estatal.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Estupro de Vulnerável. Paternalismo Jurídico-Penal. Paternalismo. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

The rape crime against vulnerability it is in fact, necessary to protect the vulnerable subject, however, yours absolute legitimacy and able to interfere with the sexual freedom of the individual, once not always the lowest in 14 years will be in a vulnerable situation, considering even that, as the wording of Law 8069/90, the Statute of Child and Adolescent, which set a minimum age of 12 completed as the age at which the human being would have bigger autonomy. The research proposed by this project seeks to analyze the effectiveness of Article 217 of the Penal Code, seeking solutions so that device reaches a satisfactory efficacy considering the penal system in which it operates. Thus the effectiveness said above would be achieved through real protection of vulnerable individuals without criminalize innocent individuals by state paternalistic interference.

Keywords: Vulnerability. Vulnerable rape. Criminal legal paternalism
Paternalism. Child and Adolescent Statute.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. DIGNIDADE SEXUAL.....	13
1.1 DIGNIDADE SEXUAL E SEU VIÉS CONSTITUCIONAL NA LEI 12.015/2009.....	13
1.2 O ART. 217-A E A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL.....	17
2. VULNERABILIDADE.....	20
2.1 VULNERABILIDADE: ORIGEM E NECESSIDADE.....	20
2.2 O ECA E A DEFINIÇÃO DE VULNERÁVEL.....	22
2.3 VULNERÁVEIS POR ENFERMIDADE E DEFICIÊNCIA MENTAL.....	36
2.4 VULNERABILIDADE ABSOLUTA.....	38
2.5 VULNERABILIDADE RELATIVA.....	40
3. O PATERNALISMO JURÍDICO PENAL.....	49
3.1 O PATERNALISMO E SUA APLICAÇÃO AO CASO EM ANÁLISE.....	49
CONCLUSÕES.....	56
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

Em 07 de agosto de 2009, foi sancionada a Lei 12.015, que modificou o Título VI do Código Penal. A nomenclatura originária do Código Penal de 1940 “Dos Crimes Contra os Costumes” foi substituída pela nomenclatura “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. A valorização do bem jurídico dignidade sexual ponderou-se como reforma tardia e essencial à completude de um ordenamento jurídico voltado à proteção dos direitos individuais, sendo a dignidade sexual, reflexo da proteção da dignidade do indivíduo (art.1º, III) garantida pela Constituição Federal desde vinte e um anos antes da Lei 12.015/2009.

A reforma penal estabelecida, em 2009, foi positiva no sentido de ressaltar a proteção da dignidade sexual do indivíduo, valorizando, sobretudo, os direitos individuais da mulher, que no ultrajado Código Penal, calcado pelas ideias da sociedade brasileira de 1940, entendia essa como mero objeto de satisfação sexual do homem, de modo que a proteção perante a violência sexual não entendia os direitos individuais como principal foco de tutela, mas sim a honra a ser preservada socialmente. A segurança social da mulher podia ser utilizada contra ela mesma consoante o Código Criminal de 1830 que em seu art. 222 determinava que a violência sexual contra mulher honesta teria como consequência uma pena base de três a doze anos, enquanto, se a violência fosse contra prostituta, a pena base seria de um mês a dois anos. O Código Penal de 1940 não mais fez essa diferenciação, mas o termo mulher honesta continuava a ser utilizado no Título VI “ Dos Crimes Contra os Costumes” precisando a existência de um código de conduta moral no que dizia respeito à sexualidade feminina.

O Código Penal de 1940 tutelava entes subjetivos como a moral e os costumes em prol de direitos individuais constitucionais como a dignidade do indivíduo e, derivada desta, a dignidade sexual do indivíduo. Superando a realidade lamentável da mulher no cenário social da década de 1940, na qual foram estruturados os termos da legislação penal de então, a mulher saiu fortalecida com o reconhecimento da autonomia perante sua dignidade sexual (não só reconhecida para a mulher). A modificação instaurada pela Lei 12.015/2009 fez-se necessária, embora tardiamente, diante das transformações da sociedade com a abertura de maior espaço de autonomia feminina. Aproximou-se, portanto, a lei à realidade com

a modificação do Título VI do Código Penal que passou a constar: “ Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.”

A Lei 12.015, de 2009, trouxe outras novidades. Instituiu a figura do vulnerável por meio do artigo 217-A em substituição ao art. 224 que falava da presunção de violência. O antigo artigo 224 já era alvo de discussão sobre a relativização ou absolutização da presunção de violência em relação aos indivíduos menores de 14 anos. O art. 217-A do CP vem, então, acabar com a presunção de violência, estabelecendo a presunção de vulnerabilidade sobre os indivíduos enumerados no art. 217-A (menores de 14 anos, enfermos e deficientes mentais). O art. 217-A não presumiu a violência, portanto, mas a vulnerabilidade, proibindo a conduta objetificada no tipo penal, qual seja “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”. A proibição de qualquer ato relativo ao sexo, para crianças, devidamente positivada, e a duvidosa proibição desses atos para adolescentes menores de 14 anos, só poderia acarretar nova discussão jurisprudencial.

As divergências sobre a presunção da vulnerabilidade dividiram-se. De um lado, aqueles que entenderam que a vulnerabilidade poderia ser descaracterizada perante a aferição da maturidade sexual do indivíduo, por meio de análise casuística. De outro, aqueles que entendem que a norma deve ser entendida em sua totalidade, não admitindo qualquer relativização da vulnerabilidade, sendo que, em qualquer caso de ocorrência do ato típico, a devida pena deveria ser cominada. Percebe-se, portanto, que uma posição parece ser muito rígida se comparada com a outra; essa rigidez deve ser mantida, contudo, e também a flexibilização deve ser aplicada, resta saber em que casos e porque isso deve ser feito.

O exame da Lei 8.069, de 1990, faz-se imprescindível na análise de como este estudo entende ser a melhor interpretação para solucionar a discussão entre vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa. Evitando-se, assim, danos aos indivíduos necessitados da tutela penal e, também, o desgaste gratuito do Direito Penal quando não for necessária sua intervenção. Assim, a análise do Estatuto da Criança e do Adolescente fundamenta-se em garantia constitucional e, faz-se, portanto de extrema importância em relação a tudo que dispõe sobre esses indivíduos. O legislador na criação do art. 217-A da Lei 12.015/2015 não observou atentamente os dispositivos do Estatuto referido, perdendo o ensejo para redigir o texto do artigo em consonância com o entendimento do Estatuto da Criança e do

Adolescente. Entende-se, nesse contexto, que o maior de 12 anos, deixa de ser criança, tornando-se adolescente, ao qual é admitida maior autonomia, tanto que pode ser privado de sua liberdade por meio de medidas socioeducativas; ao passo que a criança mediante os mesmos atos que ocasionam as medidas socioeducativas para adolescentes, apenas poderá sofrer a imposição de medidas de proteção. Logo, o art. 217-A ao estabelecer a vulnerabilidade em seu *caput* poderia ter definido esta até os 12 anos, em detrimento dos 14 anos, idade estabelecida pelo legislador no Código Penal de 1940 no art. 224, de fato, esperava-se mais proximidade com a realidade social de uma reforma que deixou perpassar sessenta e nove anos de mudança. No entanto, não aproveitada a oportunidade pelo legislador, faz-se necessário estabelecer uma posição interpretativa perante as possibilidades permitidas pelo art. 217-A na jurisprudência. Os princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal tem o dever de estabelecer a proximidade entre a lei e a realidade fática, evitando eventuais injustiças sejam elas realizadas pelo paternalismo jurídico-penal injustificado, que acaba por restringir a liberdade do indivíduo plenamente capaz; sejam elas realizadas pelo dano causado pela falta do paternalismo jurídico-penal, necessário na proteção daqueles beneficiários incapazes de tomarem decisões por si mesmos.

É a partir de tais controvérsias que o presente trabalho visa a analisar a legitimidade do paternalismo jurídico-penal em face do art. 217-A e de sua aplicação jurisprudencial, visando, ainda, a estabelecer a melhor interpretação para a norma em questão, foco comum de discussões jurisprudenciais em face da possibilidade de relativizar ou não a vulnerabilidade.

Para tanto, no primeiro capítulo da presente monografia será realizada uma análise das modificações instituídas pela Lei 12.015/2009. De modo que, primeiramente, será feita a análise da modificação do Título VI do Código Penal em um paralelo social e constitucional, buscando-se entender essa mudança como sendo positiva e representativa da vitória dos direitos individuais em face da moral e dos (“bons”) costumes. Também, averiguar-se-á o art. 217-A, sua estrutura normativa e o bem jurídico protegido na norma referida.

No segundo capítulo, será abordado o instituto criado pela Lei 12.015: a vulnerabilidade. Assim sendo, a vulnerabilidade será examinada em diferentes relações. A vulnerabilidade será também questionada e interpretada nos moldes entendidos necessários para que se preserve o ordenamento jurídico como um todo.

Destarte, o Estatuto da Criança e do Adolescente será investigado e confrontado com a norma do art. 217-A, bem como também buscar-se-á entender a vulnerabilidade absoluta e a vulnerabilidade relativa no entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Por fim, analisar-se-á o paternalismo em suas diversas formas, a fim de compreender o entrelaçamento entre a norma penal e a figura paternalista, buscando-se aclarar que tipos de situações representam condutas paternalistas e que tipo de paternalismo estamos falando. Abordar-se-á, inclusive, os fins paternalistas que se afinam com o escopo do direito penal, buscando-se estabelecer uma relação de legitimidade entre ambos no caso da norma da Lei 12.015/2009 em questão: o art. 217-A.

1. DIGNIDADE SEXUAL

1.1 DIGNIDADE SEXUAL E SEU VIÉS CONSTITUCIONAL NA LEI 12.015/2009

Antevendo o discurso a ser tratado neste capítulo faz se necessário buscar entender que a proteção do bem jurídico dignidade sexual é uma evolução recente. O Código Penal da década de 1940 protegia com maior afinco as mulheres de família, de bons costumes, virgens até a data do casamento. Destarte, se a mulher estivesse fora desses padrões não teria, a sua liberdade sexual, objeto de proteção do direito penal. Valorizava-se, sobretudo, a “honra” e “moral” da família, do casamento e da sociedade, deixando-se para um segundo plano a proteção a direitos individuais subjetivos, de acordo com Fausto ¹:

O alvo principal da proteção legislativa era, entretanto, a “honra”, corporificada na mulher, através da definição dos crimes de estupro [...] e de defloração [...]. Mas não se trata precipuamente de proteger a “honra” como atributo individual feminino e sim como apanágio do marido ou da família. Desvenda-se deste modo o pressuposto de que a honra da mulher é o instrumento mediador da estabilidade de instituições sociais básicas – o casamento e a família.

Não só a proteção dos direitos individuais em nível sexual eram pouco usuais, como também a consideração da mulher no cenário social era dotada de uma concepção de machismo extremado e aceito pela sociedade, de tal forma que a mulher era objetificada como mero elemento para resolução da lascívia masculina. A sociedade brasileira da década de 1940 entendia como regra social a falta de autonomia feminina para com sua liberdade sexual, de modo que, a própria dignidade da mesma era ferida, consoante, citações como a de Viveiros de Castro²:

É de justiça responsabilizar em primeiro lugar a própria mulher, dominada pela ideia errônea, subversiva, de sua emancipação, ela faz tudo que de si depende para perder o respeito, a estima e a consideração dos homens. A antiga educação da mulher recatada e tímida, delicada sensitiva evitando os contatos ásperos e rudes da vida, foi desprezada como coisa anacrônica e ridícula; e temos hoje a mulher moderna, vivendo nas ruas, sabendo tudo, discutindo audaciosamente as mais escabrosas questões, sem refreio religioso, ávida unicamente de luxo e sensações, vaidosa e fútil, presa fácil e muita vez até espontaneamente oferecida à conquista do homem.

¹FAUSTO, Bóris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo, 1880-1924**. São Paulo, Brasiliense, 1984. p.175

² CASTRO, Francisco José. Viveiros de. **Os delitos contra a honra da mulher**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p.22.

A consideração de Viveiros de Castro, acima descrita ignora qualquer referência à autonomia dos direitos individuais da mulher. Ademais, trata o comportamento da mulher “moderna” como fato causador dos crimes sexuais, entendendo justo responsabilizá-la pelas violências sofridas. Não obstante, a constante luta por direitos igualitários na atualidade, inegável é que antigamente a mulher era mero objeto de consolidação da família, sem participação ativa na sociedade e sem direitos e liberdades individuais devidamente protegidos.

Assim sendo, as modificações sociais trouxeram diferentes percepções a cerca dos direitos individuais, sobretudo dos direitos individuais autônomos da mulher que ganharam cada vez mais espaço. Em pleno século XXI, a mulher continua, ainda que em situações menos habituais, a ser tratada como objeto de desejo sexual. Perante essa breve reflexão, verifica-se que a modificação do Título VI de “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” vêm em favor desse reconhecimento dos direitos individuais, sobretudo, femininos, os mais oprimidos no contexto da realidade dos crimes sexuais. Neste sentido Lorette Garcia Sandeville³:

Assim, não é mais a moral sexual que clama proteção, e sim o direito individual da mulher [leia-se: de qualquer pessoa], sua liberdade de escolha do parceiro e o consentimento na prática do ato sexual. A violação a isso corresponde a um ilícito ligado à sua pessoa e não mais contra os costumes. Prevalece na ofensa sofrida, sua liberdade e não a moral. Daí, justifica-se a nova adequação típica das figuras penais do estupro; e do atentado violento ao pudor.

(...)

Mas no enfoque jurídico, conclui-se que, a violência dos crimes sexuais deve ser totalmente desvinculada de todo e qualquer aspecto moral, pois estes atingem mormente a personalidade da pessoa humana e não os costumes. Mister, então, se faz considerar tais infrações como uma invasão à privacidade da vítima, que teve isolada sua liberdade sexual

A modificação no foco da proteção solidificou a proteção dos direitos individuais, valorizando, assim, o direito das minorias; conferindo-lhes, por conseguinte, a garantia da execução livre e plena de direito individual dos mais íntimos: a Dignidade sexual. No ultrajado Título VI – “Dos Crimes Contra os Costumes” não havia espaço para a proteção de direitos individuais como a liberdade e a dignidade sexual. O antigo Título VI não visava, portanto, uma verdadeira proteção, por mais que essa não estivesse impedida por sua descrição-

³ GARCIA SANDEVILLE, Lorette. **Crimes sexuais: seu perfeito enquadramento jurídico**. Boletim IBCCrim n.25, jan 1995, p.05.

Dos Crimes Contra os Costumes”. Antes da modificação introduzida pela Lei 12.015/2009 a moral e os costumes prevaleciam sobre a intimidade da pessoa humana em suas variadas nuances. A lei penal acabava, portanto, representando a vontade de manter as regras morais da sociedade brasileira de 1940.⁴ Afirma Fernando Capez sobre a epígrafe dos “Crimes contra os costumes” :

A proteção dos bons costumes, portanto, sobrelevava em face outros interesses penais juridicamente relevantes, como a liberdade sexual. Era o reflexo de uma sociedade patriarcal e pautada por valores ético-sociais que primava sobretudo, pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família, menoscabando, isto é, deixando para um segundo plano, a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo.”⁵

Em 07, de agosto de 2009, a Lei 12.015 alterou o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e outros dispositivos, alterando a denominação de “Crimes contra os costumes” para “Crimes contra a dignidade sexual”. Muda-se, então, o objeto de proteção jurídica. A respeito afirma Nucci:

Por outro lado, a alteração do Título VI foi positiva, passando a constar “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo sexual insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (art. 5º, X, CF), além do que a atividade sexual é, não somente, um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. Do mesmo modo, volta-se particular atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com maior zelo, ainda, do menor de 14 anos. A dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual.⁶

Percebe-se, então, que a modificação referida tornou-se necessária frente ao fortalecimento da tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, de modo que os padrões ético-sociais da época não podiam mais preponderar sobre a tutela da dignidade sexual das pessoas. Atrasada estava, por conseguinte, a Lei 12.015/2009. Conquanto não possamos ignorar que seria impossível precisar o momento exato da necessidade social de tutelar a dignidade sexual do indivíduo,

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218-A e 218-B introduzidos pela Lei 12.015/2009)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010. RBCCRIM 86. p.11

⁵ CAPEZ, Fernando. **Crimes contra a Dignidade Sexual: a Objetividade Jurídica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 35 – Abr-Maio/2010.p.24,

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a Dignidade Sexual**.3º Edição rev. Atual. Ampl.. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009. p.24,

em oposição à tentativa de manter padrões sexuais que agradassem a moral média da sociedade. A realidade constitucional estava adiantada em nível de garantias a direitos individuais: a Constituição Federal de 1988 já havia percebido a imprescindibilidade de tutelar juridicamente a dignidade do indivíduo.

Destarte, o art.1º, *caput*, da Constituição Federal da República Brasileira de 1988 perfilou o país ao perfil político constitucional de um Estado Democrático de Direito, tendo como principal consequência de tal definição os princípios fundamentais do Estado. Ainda segundo Capez:

Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art.3º, I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das ideias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e, principalmente, *pelo respeito inarredável da dignidade humana* (art.1º, III).⁷

Portanto, dada tamanha importância à tutela da dignidade humana em nível constitucional, conclui-se que a modificação do objeto de proteção penal do Título IV deu-se tardiamente. No entanto, o reconhecimento, ainda que tardio, da dignidade sexual como principal foco de proteção jurídica uniformizou o deslinde entre a norma constitucional e a norma legal, dando a esta última uma importância supralegal, porquanto o “respeito inarredável da dignidade humana (art. 1º, III)” prescinde a dignidade sexual do indivíduo como objeto de proteção jurídica. Resta, ainda, importante ressaltar que, embora o título do capítulo não seja limitador do bem jurídico que virá a ser protegido, faz-se importante deixar claro o maior foco de proteção que deixa de ser, portanto, os bons costumes da moral média da sociedade e passa, então, a ser a dignidade sexual. Resta, por fim, refletida a coerência entre a constituição e o Código Penal com a modificação do Título IV. De modo que a tutela dos direitos individuais fez-se preponderante sobre a proteção de conceitos subjetivos como a moral e o os bons costumes.

⁷CAPEZ, Fernando. **Crimes contra a Dignidade Sexual: a Objetividade Jurídica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 35 – Abr-Maio/2010.p.25

1.2 O ART. 217-A E A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL

Em 07 de agosto de 2009, a Lei 12.015 introduziu tipificação exclusiva às hipóteses de estupro de vulnerável, antes abordadas de modo genérico pelos artigos 213 e 214 combinados com o art.224 do, até então, Código Penal. A mudança legislativa introduziu a figura do estupro de vulnerável que, a partir das novas diretrizes do atual art. 213, ampliou a noção dessa forma de violência sexual. Passou a incluir, além da conjunção carnal, quaisquer atos libidinosos para com os indivíduos enumerados no art. 217-A. Entretanto a reforma da lei 12.015/2009 deixou diversas dúvidas, sobretudo em relação ao artigo 217-A, que trata dos vulneráveis que sofrem atentado a sua dignidade sexual, o que, em diversos casos, pode causar consequências graves em indivíduos em formação, enfermos e deficientes mentais que “não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência”⁸.

Ademais, o estupro de vulnerável é ato incompatível com o Estado Democrático de Direito em que nos perfilamos por meio da Constituição Federal de 1988, por se tratar de invasão à liberdade sexual do indivíduo incapaz de oferecer resistência ou ainda de compreender a completude do ato sexual e de suas consequências, de modo que, pelos motivos expostos o sujeito passivo (quais sejam os enumerados no art. 217-A) não está em condições de compactuar com o ato sexual perante sua vulnerabilidade presumida em lei.

Questiona-se, primeiramente, qual seria o alcance da legitimidade do tipo penal definido no art. 217-a, tendo em vista a interferência do Estado por meio do Direito Penal na vida particular do indivíduo. Refere o art. 217-A do Código Penal Brasileiro:

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.

⁸ BRASIL. Código Penal.; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

§ 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.”

Conveniente se faz analisar o principal bem jurídico protegido no crime em análise ao qual se titula atualmente de "dignidade sexual" e nas palavras de Guilherme Souza Nucci pode ser definido do seguinte modo:

Associa-se à respeitabilidade e à 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.⁹

Entende-se que a dignidade sexual para Nucci é bem jurídico disponível de extrema valia para a intimidade do indivíduo, de modo que qualquer interferência legítima ou ilegítima é capaz de interferir na intimidade do indivíduo, gerando consequências que podem ser positivas ou negativas. Segundo André Estefam, o principal bem jurídico protegido no crime em exame difere um pouco da opinião de Nucci:

A proteção penal volta-se à liberdade sexual e ao pleno desenvolvimento das pessoas vulneráveis, ou seja, aqueles que, em face de alguma condição pessoal (transitória ou perene), não dispõem de forças ou de compreensão para resistir a um ataque contra sua dignidade sexual.”¹⁰

A proteção do art. 217-A para André Estefam não é voltada somente à liberdade sexual, mas visa a garantir o “pleno desenvolvimento” dos entendidos vulneráveis. Assim sendo, temos que a falta de condições de compreender e a incapacidade para consentir com o ato sexual acarretam na proteção penal paternalista da liberdade sexual da pessoa tida como vulnerável.

O comportamento típico para a configuração do estupro de vulnerável consiste em “ter conjunção carnal” ou “praticar outro ato libidinoso” contra

⁹ NUCCI, Guilherme Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, 2.ed., rev., atual e ampliada. São Paulo: RT, 2010, p. 42.

¹⁰ ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei n.12.015/2009**. Saraiva. São Paulo, 2009. p.64

vulnerável. A conjunção carnal se traduz no ato libidinoso em que ocorre a cópula vaginal (introdução do pênis na vagina). Segundo Guilherme de Souza Nucci:

Quando houver resistência relativa ou perturbação relativa, logo, há uma condição de haver inteligência do ato sexual, embora não se possa considerar um juízo perfeito, poder-se-á cuidar da figura do art.215¹¹. Entretanto, havendo resistência nula ou perturbação total, sem qualquer condição de entender o que se passa, dever-se-á tratar da figura do art.217-A, § 1º.¹²

Assim, compreende-se que é fator necessário a falta de inteligência do ato sexual, para configurar a vulnerabilidade. Há a necessidade do elemento subjetivo para configurar o crime em discussão, porquanto não admitindo forma culposa. Segundo Damásio de Jesus para concretizar os Elementos subjetivos do tipo:

Exige-se o dolo, ou seja, consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, devendo conhecer o agente a condição de vulnerabilidade do sujeito passivo, sob pena de atuar em erro de tipo (art. 20, caput, deste Código).¹³

Sobre os elementos objetivos do tipo, este mesmo autor entende que se caracterizam mediante a “prática de qualquer contato sexual que vise à satisfação da concupiscência do autor.”¹⁴ *Nesta senda, Guilherme de Souza Nucci entende que “Não existe a figura culposa”. Exige-se o elemento subjetivo específico, consistente em buscar a satisfação da lascívia.*¹⁵ *Para Nucci o objeto material do crime é a pessoa vulnerável e o objeto jurídico é a sua liberdade sexual.*¹⁶ *Aluízio Bezerra Filho, por sua vez, entende que o objeto jurídico não é a liberdade sexual especificada em si mas a dignidade sexual do menor.*¹⁷

¹¹BRASIL. Código Penal.; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015:Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. *Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

¹² NUCCI, Guilherme Souza. **Crimes contra a dignidade sexual,- comentários à Lei n 12015**, de 7 agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pg29.

¹³ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**, 22. ed. – São Paulo :Saraiva, 2014. p. 826

¹⁴ *Ibidem*,. p. 825

¹⁵ *Ibidem*, p..930

¹⁶ NUCCI, *op. cit.* p.1059

¹⁷ BEZERRA FILHO, Aluízio. **Crimes Sexuais**. 2º Edição. Curitiba: Juruá, 2010. 432p.

2. VULNERABILIDADE

2.1 VULNERABILIDADE: ORIGEM E NECESSIDADE

A vulnerabilidade foi o modo escolhido pelo legislador para tratar a questão do estupro das pessoas tidas como incapazes de discernir perante a concretização do coito. A inovação da Lei 12.015/2009 não fala em presunção de violência, apenas proíbe a relação sexual dos enumerados no art. 217-A, quais sejam os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem necessário discernimento para a prática do ato sexual, bem como aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual. Dessa forma, ainda que modificado o texto, continua a existir uma presunção: a de que os indivíduos dispostos no art. 217-A não detém capacidade suficiente para entenderem a complexidade do ato sexual e de suas consequências, sendo, portanto, sujeitos vulneráveis. Trata-se, pois, de proteção estabelecida pelo legislador, até que ponto essa proteção está adequada é questão pertinente de ser averiguada, mas fato é que uma relação sexual pode incorrer em resultados negativos, tanto quanto pode ser ato comum e rotineiro de um adolescente de 13 anos, é essa a polêmica despertada - e que vamos investigar - pelo novo conceito inserido no Código Penal por intermédio da Lei 12.015/2009: a vulnerabilidade. Na opinião de Cezar Roberto Bitencourt¹⁸:

Na realidade, o legislador utiliza o conceito de *vulnerabilidade* para diversos enfoques, em condições distintas. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que *há concepções distintas de vulnerabilidade*. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de *vulnerabilidade*, ou seja, uma *vulnerabilidade absoluta* e outra *relativa*; aquela refere-se ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de *estupro de vulnerável* (art. 217-A); esta refere-se ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual* (art. 218-B). Aliás, os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a *equiparação de vulnerabilidade*, nas respectivas minoridades (quatorze e dezoito anos), qual seja, “ou a quem, 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”. Nos dois dispositivos, o legislador cria hipóteses de *interpretação analógica* (ou que, por qualquer outra

¹⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública** – 6 ed. rev. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2012.p.104

causa, não pode oferecer resistência) que deve obedecer aos atributos dos respectivos paradigmas.

Assim sendo, entende-se que a vulnerabilidade não detém um único e absoluto sentido, ela precisa ser interpretada de acordo com a situação concreta em que se insere em consonância com os princípios do Direito Penal, propiciando, eventualmente, interpretação analógica. Convém, ainda, ressaltar que a dignidade sexual está tutelada no Título VI do atual Código Penal, e pode ser entendida como princípio englobador da liberdade sexual e da integridade sexual. Primeiramente, a liberdade sexual remete à possibilidade do indivíduo de ter relações sexuais escolhendo seus parceiros ou resguardando-se da atividade sexual, mantendo, assim, sua integridade sexual.

Segundo José Luís Díez Ripollés, a liberdade sexual caracteriza-se como uma parcela da liberdade pessoal tutelada de modo autônomo. O autor fundamenta que um dos principais motivos para a autonomia sexual do indivíduo seria uma certa vinculação da liberdade sexual com a autorrealização pessoal, existindo portanto o direito do indivíduo à autodeterminação da sua autonomia sexual.¹⁹ A introdução do art. 217-A no sistema penal por meio da Lei 12.015/2009 revogou o antigo art. 224:

Presume-se a violência se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência²⁰

Destarte, o art. 224 falava em presunção, isto é, sendo inválido o consentimento das vítimas enumeradas no supramencionado artigo, presumia-se a violência como consequência lógica da incapacidade de consentir com a relação sexual. Estabelece, então, o legislador a chamada “*presunção de violência*”, de modo que a relação sexual com indivíduos tidos como incapazes de aceitar a relação sexual geraria a presunção de que as mesmas foram obrigadas ao ato, configurando-se a conduta violenta do agente, mesmo que indiretamente. Assim sendo, tal presunção contra o réu confrontava diretrizes do Direito Penal, no sentido de que presunções contra o réu podem tomar perigosos níveis de

¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual. Delitos contra la libertad sexual**. Estudios de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, v. 21, 1999, p. 219-220

²⁰ BRASIL. Código Penal.; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

inconstitucionalidade, considerando garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa. Assim sendo, o art. 217-A tomou forma de modo a eliminar a eminente presunção de violência do antigo art. 224.

O conceito de vulnerabilidade, por sua vez, se dividira em vulnerabilidade absoluta ou relativa em função da constante discussão instaurada pelo antigo art. 224 do CP de que a presunção de violência estabelecida poderia ser ou absoluta (não admitindo a descaracterização da vulnerabilidade) ou relativa (admitindo a descaracterização da vulnerabilidade). Logo, seria possível que o adolescente menor, em um caso concreto, tivesse a perfeita capacidade de consentir com a relação sexual, uma vez que entendido da complexidade da questão.

Com a nova nomenclatura inserida pela Lei 12.015/2009 a presunção foi substituída pela palavra vulnerabilidade, mas a discussão sobre a análise da presunção relativa ou absoluta de violência ou, ainda, da vulnerabilidade absoluta ou relativa continua a ser objeto de discussão.²¹ Ocorre, pois, que na Lei 12.015/2009 o legislador perdeu a oportunidade de solucionar ou, ao menos, reduzir as orientações jurisprudenciais divergentes. Ademais, a problemática sexual sempre deve ser muito bem pensada, nesse sentido, Richard Posner²²: “Sendo o sexo tão importante, uma das maiores fontes de prazer e sofrimento humano, da criação de instituições e controvérsias políticas, ele certamente merece ser objeto dos melhores esforços intelectuais.”

2.2 O ECA E A DEFINIÇÃO DE VULNERÁVEL

Em 1979, por meio da Lei 6697, é instaurado o Código de Menores, em rompimento com a Doutrina do Direito Penal do Menor, adotando em seus dispositivos, a Doutrina do Menor em Situação Irregular, a qual entende que a proteção estatal do menor deve voltar-se à erradicação da irregularidade da situação em que o menor se encontra, com a preocupação de assisti-lo, protegê-lo e vigiá-lo. Em contraponto, no contexto internacional já existiam diplomas e tratados baseados na Doutrina da Proteção Integral. Não obstante, o Código de Menores de 1979

²¹ NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**, 14 . ed. rev, atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.1054-1055.

²² POSNER, Richard A., **Sex and Reason**, Nova York, Harvard University Press, 1992, p.10.

tutelava o menor apenas quando esse estivesse fora dos padrões sociais normais, ou seja, em alguma situação de irregularidade. É com a Constituição Federal de 1988 que a Doutrina da Proteção Integral é introduzida em nosso sistema jurídico, por meio do art. 227 da CF, garantindo prioridade absoluta à criança e ao adolescente em quaisquer condições. Nesse mesmo sentido, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, estabeleceu que toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado. Por conseguinte, a principal característica da Doutrina da Proteção integral foi tornar crianças e adolescentes sujeitos prioritários de direitos, possuindo direitos subjetivos que podem ser exigidos judicialmente²³. É o que vem estabelecido expressamente no art. 3º do ECA²⁴:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico e mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade

O Estatuto da criança e do adolescente tem fundamento constitucional no art. 227²⁵ da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.”

Essa garantia constitucional é um resumo dos principais direitos da pessoa humana concentrados na criança e no adolescente, ressaltando ainda, que esses tem “absoluta prioridade”. Segundo Guilherme de Souza Nucci o Direito da Infância e da Juventude é área dotada de autonomia científica, mesmo que servindo-se, por vezes, de princípios alheios ao Direito da Criança e do Adolescente. Por mais que as normas desse direito autônomo transitem entre uma área e outra do direito elas não perdem sua característica primária: são normas da

²³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**, 8ª ed. atual e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011 p.82

²⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

²⁵BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

infância e da juventude (ou da criança e do adolescente) com características próprias garantidas pela Constituição Federal. O erro de considerar o Direito da criança e do adolescente como subespécie do Direito Penal prejudica na tomada de decisões que envolvam a criança e o adolescente, uma vez que a falta de conhecimento dos direitos, princípios e proteções especiais do menor deixará falhas na concretização da justiça para com esse que detém prioridade absoluta garantida constitucionalmente²⁶. O Estatuto da Criança e do Adolescente se aplica a todos os menores de 18 anos e seu eminente e exclusivo princípio regente é o princípio da proteção integral que, ainda, de acordo com Nucci “ é princípio da dignidade humana (art.1º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos”²⁷ Sobre a proteção integral:

Pensar a Proteção Integral afirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente implica no reconhecimento de que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de desenvolvimento, o que não as reduz à condição de objeto de intervenção. Assinalar a questão da responsabilidade no seio do direito à sexualidade não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada em juízos de natureza moral ou na sua negação, *contrario sensu*, implica em disponibilizar o acompanhamento e a orientação.”²⁸

Inferese, portanto, que a proteção integral estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que diz respeito à sexualidade do adolescente, não visa à repressão sexual, mas à devida orientação nesse sentido. Dispõem a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 em seu art. 2º²⁹:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Assim, temos que a legislação válida sobre criança e adolescente define criança como o indivíduo de até 12 anos de idade e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos incompletos. Por conseguinte, a Lei 12.015, no texto do art. 217-A, ao deixar certas indefinições que propiciaram divergências jurisprudenciais e são alvo de constante discussão, tornou-se objeto de cautela, pois estamos tratando de menores que tem garantias constitucionais de prioridade absoluta. No

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2ª Edição, São Paulo: Forense, 2014, p. 26.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2ª Edição, São Paulo: Forense, 2014, p. 26.

²⁸ ALEIXO, Klelia Canabravo. **Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo:, ano 17, n. 209, p. 08-09, abr., 2010.

²⁹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

entanto, as complicações surgem, uma vez que não se pode proibir o sexo a um adolescente menor de idade por respeito à dignidade sexual, à integridade sexual e à liberdade sexual, que exercidas de forma saudável e consentida mediadas por uma certa maturidade do ato acabam apenas por elevar a autoestima do indivíduo, fazendo parte de uma rotina natural ao ser humano. A problemática instala-se, portanto, na identificação da vulnerabilidade do indivíduo que deve ser analisada casuisticamente em se tratando de adolescentes. As crianças devem ser protegidas pelo instituto da vulnerabilidade absoluta.

O paradoxo cria-se, então, no limiar entre crianças e adolescentes, crianças são infantis, devem desfrutar dos benefícios próprios dessa época e jamais terão maturidade do ato sexual - e muito menos maturidade para consentir com o mesmo -, tão pouco seu corpo está preparado para tal ato. Por outro lado, não se pode dizer o mesmo do adolescente, que já dotado de maior autonomia sobre si mesmo e sobre seu próprio corpo, sobretudo, considerando o grande acesso à informação, e, obviamente, dependendo da maturidade e do nível de informação que esse obtém, poderá com maior facilidade compreender os assuntos de nível sexual, ainda que o estupro como forma de violência sexual não seja aceitável em nenhuma idade, a proibição do ato sexual consentido de indivíduos já aptos a iniciação dessa fase da vida é algo antiquado do ponto de vista de um Estado Democrático de Direito. A questão, porém, é complexa, sendo prejudicial aos menores de 12 anos estarem enquadrados como vítimas junto com adolescentes de até 14 anos no texto da lei, pois crianças, conforme o mesmo ordenamento jurídico, não tem a mesma autonomia e nem o mesmo desenvolvimento que o adolescente. O entendimento da vulnerabilidade da criança, segundo os parâmetros etários legais da atualidade, deve ser sempre tida como absoluta como meio de proteção do seu livre desenvolvimento (físico, emocional e mental), evitando problemas de ordem psíquicas e físicas em indivíduos em formação.

Adolescentes, porém, devem ter sua vida sexual sem a tutela absoluta do Estado, a qual pode tomar dimensões paternalistas desnecessárias quando este já apresentar maturidade para os assuntos do sexo. De tal modo, nem todos os adolescentes deveriam ser tutelados considerando-se sua vulnerabilidade absoluta, mas todas as crianças; a imaturidade sexual ainda é possível durante a adolescência - ainda que mais rara -, entretanto, a maturidade sexual na infância

não é passível de ser sustentada, porquanto, por mais que a criança entenda o que é o sexo - em um caso de extrema precocidade-, sua personalidade não está formada e uma vida sexual precoce e imatura causará sequelas negativas, configurando-se como ato antinatural e antifisiológico. Por conseguinte, ainda que haja consentimento do menor, não deve haver a possibilidade de descaracterização da vulnerabilidade, isto é, a consideração da vulnerabilidade relativa de criança. Apesar disso, quando o sujeito for adolescente, a vulnerabilidade deve ser relativa, isto é, deve ser considerada mediante análise do caso em concreto, admitindo-se que, mediante apuração da maturidade do adolescente, seja descaracterizada a vulnerabilidade.

A Lei 12.015/2009, manteve, portanto, uma ficção jurídica ao adotar a idade de critério para a proteção do vulnerável, ignorando, ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente na análise da faixa etária para a iniciação sexual. Nesse sentido Guilherme de Souza Nucci³⁰:

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

A posição dos autores do artigo supra se faz inteiramente coerente, pois o texto do art. 217-A ao escolher a idade de 14 anos como limite entre vulnerável e não vulnerável constitui mera escolha legislativa, sem justificativa plausível; como já referenciado, é o limiar entre menores dotados de vício de vontade e aqueles que já estão em condições de ter uma vida sexual ativa. O legislador foi extremamente inconsequente na sua escolha, não analisando os reais riscos da conduta que impôs por meio da Lei 12.015/2009 no que diz respeito ao art. 217-A do CP. O artigo referido constitui hipótese de crime hediondo, sua pena base mínima é de oito anos de reclusão (*caput*)³¹, podendo chegar a até 30 anos de reclusão sem contar

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza; Alves, Jamil Chaim ; BARONE, Rafael ; BURRI, Juliana ; CUNHA, Patrícia ; ZANON, Raphael. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts 213 e 217-A do CP)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 902, p. 395-422, 2010.

³¹ BRASIL. Código Penal.; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015. "Art. 217-A. Ter conjunção carnal

possíveis majorantes a agravantes (§ 4º)³². Certamente é fato que nem todas as normas do nosso ordenamento são normas proporcionais e que isso é um problema a ser sanado. Todavia, a norma de que estamos falando é norma sem devida justificativa em seu texto, de modo que, ao buscar uma proteção coesiva – a proteção de indivíduos que não detenham condições de resistir ou entender uma abordagem sexual com violência ou sem - acabou por tomar critérios incoerentes e injustificáveis de modo que o magistrado, aplicador da lei, muitas vezes, tem se visto em situações de impossibilidade de segui-la de forma literal sob pena de causar enorme injustiça, buscando respaldo em princípios que dêem maior autonomia ao julgador, tentando aproximar os aspectos concretos do caso à realidade atual, obstando constrangimentos desnecessários realizados por meio do sistema penal. O critério etário no art. 217-A descredibiliza a situação de vulnerabilidade, uma vez que tomado de forma injustificada.

A interpretação aqui proposta é para que o art. 217-A do CP só seja aplicado sob a perspectiva da vulnerabilidade absoluta quando houver sujeito passivo comprovadamente incapaz para os fins determinados na norma. A vulnerabilidade absoluta a ser protegida deve ser sempre a da criança e a daqueles que conforme o § 1º do art. 217-A do CP “não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência” sejam adolescentes, enfermos ou deficientes mentais. O § 1º em seu sentido positivo define o conceito de vulnerabilidade relativa, enquanto em seu sentido negativo, define o conceito de vulnerabilidade absoluta. Assim sendo devemos ler que para as crianças e para os outros sujeitos enumerados no art. 217-A do CP (estes últimos mediante análise casuística do caso concreto) que “não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência” entender-se-á a vulnerabilidade como absoluta. Por outro lado, tomando-se o art. 217-A, § 1º do CP em seu sentido positivo temos que os adolescentes, enfermos ou deficientes mentais que “(...) tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa,(...) pode oferecer resistência” serão pautados pelo instituto da vulnerabilidade relativa, que

ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

³² BRASIL. Código Penal.; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

lhes será aplicada mediante análise do caso concreto. Assim sendo, a interpretação do art. 217-A do CP compreende a vulnerabilidade relativa e a vulnerabilidade absoluta, ainda que de maneira confusa. Esta pesquisa entende que a criança será sempre vulnerável em conformidade com Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que, para o adolescente a vulnerabilidade absoluta deve sempre subsistir, baseando-se, assim em definição da Lei 8.069, de 1990, que protege a criança e o adolescente, estabelecendo as diferenças de autonomia e desenvolvimento entre eles. A diferenciação referida pode ser melhor compreendida por meio do estabelecimento de medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes, ao passo que as crianças são alvo de medida de proteção, mais brandas. Destarte o estudo aprofundado sobre a criança e o adolescente que concretizou a Lei 8.069 de 1990 entendeu essa diferença de autonomia da criança para o adolescente. Inclusive, a diferenciação entre crianças e adolescentes, resultando na maior proteção sobre a criança, é fenômeno de reconhecimento no Direito Internacional Público .³³

³³Sobre o tema da proteção da infância não só o ECA determinou proteção específica à criança. O Direito Internacional Público demonstra desde a Liga das Nações a necessidade da proteção da criança em seu 23º artigo do Pacto daquela instituição. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/his1919.htm>. Acesso em 23 de setembro de 2015: *Art. 23. Sob reserva e na conformidade com disposições das convenções internacionais atualmente existentes ou que forem ulteriormente celebradas, os Membros da Liga: 1. Esforçar-se-ão por assegurar e manter condições de trabalho equitativos e humanos para o homem, a mulher e a criança, nos seus próprios territórios, bem como em todos os países aos quais se estendem suas relações de comércio e de indústria e para este fim fundarão e manterão as necessárias organizações internacionais*. Também a declaração universal de direitos do homem (ONU-1948) dispõe nesse sentido . Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>; Acesso em: 30 de setembro de 2015:*Art. 25: (...) 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social* ". O Pacto de Direitos Cíveis e políticos (ONU – 1966), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm, acesso em 30 de setembro de 2015, em seu art.24 estabelece a proteção específica da criança: *“Artigo 24_1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.”* Segundo Tânia da Silva Pereira: “ A Convenção sobre os Direitos das Crianças tem a peculiaridade de ser toda ela formatada por cláusulas pétreas, isto é, elas devem ser respeitadas em todas as situações. Não é como ocorre com os tratados de direitos humanos que em determinadas situações tem grande parte de suas cláusulas suspensas. p.497 O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar/ coordenação Tânia da Silva Pereira – Rio de Janeiro: Renovar, 1999 Ainda segundo a autora: “ (...) há de se estabelecer, desde logo, que a construção do atual modelo legal que sustenta a visão estatal da questão da criança e do adolescente, por força mesmo de uma nova normativa internacional (Como ,e.g., a Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente), desjurisdicinalizou o problema, estabelecendo um regime de corresponsabilidade entre a Sociedade, a Família e o Estado, em caráter de prioridade absoluta, com o fim de garantir a proteção integral de crianças e adolescentes, pugnando pela concreção de seus direitos e colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

Ainda, buscando pela justiça na análise dos crimes tipificados pelo art. 217-A, temos a defesa da análise casuística desses crimes e a crítica ao critério etário realizada pelo Ministro Celso Limongi que no voto inframencionado, aproximado da realidade social brasileira, trata de muitas questões elucidativas sobre o assunto. A *priori* trata de caso em que indivíduo com mais de trinta e dois anos de idade havia mantido relações sexuais com adolescente de menos de catorze:

Em primeiro lugar, faz-se necessário lembrar que o Direito não deve ser estático, mas, por força das vertiginosas transformações sociais, nem sempre consegue acompanhá-las. Por isso, o Direito erige-se tantas vezes em óbice ao desenvolvimento da sociedade. (...) Parece claro que, quando se interpreta um Código Penal nascido em 1940, portanto, com 69 anos de idade, é preciso adequá-lo à realidade de hoje, levando em conta os valores da atualidade, para que as decisões sejam mais justas. O outro aspecto que merece destaque se prende a que, para a boa interpretação da lei, é necessário levar-se em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Uma visão abrangente desse arcabouço facilita - e muito - o entendimento e a interpretação da lei. Assim, em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente precisa ser analisado, para enfrentar a questão posta nestes autos, a de se saber se o estupro e o atentado violento ao pudor por violência presumida se qualificam como crimes e, mais, como crimes hediondos. É necessário levar em conta o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque, pelo artigo 2º desse Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. (...) Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI! A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei. (...) E, efetivamente, não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940... A interpretação da lei exige, de tal arte, coerência, harmonização das disposições legais, evitando interpretações que se contraponham. (...) Aliás, fico com a sensação de que a menina de 14 anos de idade, à época do nascimento do Código Penal não era mais instruída sobre temas sexuais, do que a menina de 12 anos de hoje..."³⁴.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 88.664/GO, 6ª Turma, - Relator Og Fernandes - j. 23/06/2009 - DJ 08/09/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

Nas palavras do Ministro supra, bem entendida se faz a demonstração da necessidade de aplicarmos o princípio do devido processo legal³⁵ que deu maior autonomia ao julgador para evitar a aplicação de leis injustas, sendo, obviamente, princípio de extrema validade. Todavia, a interpretação da vulnerabilidade absoluta em relação a todos os sujeitos passivos descritos no art. 217-A do CP gera inúmeras contradições com o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, a começar pelo próprio art. 217-A, § 1º do CP³⁶ que estabelece aos enfermos e deficientes mentais uma via de mão dupla em relação a vulnerabilidade de modo que se ela não for entendida no sentido negativo disposto na Lei “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” será entendido no sentido oposto, isto é, no sentido positivo, de modo que haverá uma vulnerabilidade absoluta para os enfermos, deficientes mentais e aqueles que não podem oferecer resistência na norma penal do art. 217-A, § 1º e a possibilidade contrária permitida pelo art. 217-A, § 1º será entendida como a vulnerabilidade relativa dos enfermos, deficientes mentais e daqueles que não podem oferecer resistência. Assim sendo o próprio art. 217-A estabelece em seu texto a figura da vulnerabilidade relativa, ainda que indiretamente. Logo, o conceito de vulnerabilidade relativa está descrito na própria norma fruto de divergências, a questão continua sendo, portanto, de que modo interpretar a norma em cada caso.

Entende-se por essa monografia, com respaldo do voto supramencionado que a análise da vulnerabilidade deve ser realizada em concreto, uma vez que o art. 217-A enquadrava adolescentes maiores de 12 (doze) anos e menores de 14 (anos) na norma, logo, deve ser aferida a capacidade sexual desses para o ato, assim como o parágrafo primeiro do mesmo artigo entende essa possibilidade para

³⁵ O devido processo legal no entendimento de Fernando Capez: “ Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*due process of law*- CF, art.5º, LIV). No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de se julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. Deve ser obedecido não apenas em processos judiciais, civis e criminais, mas também em procedimentos administrativos, inclusive militares(...)”. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** 20ª Edição de acordo com a Lei12.736/2012 – São Paulo: Saraiva 2013. p. 82

³⁶ BRASIL. Código Penal.; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015. § Art.217-A, §1º

o deficiente mental ou enfermo. É contra a nossa realidade pensar que indivíduos no início da puberdade tenham entendimento retardado dos assuntos do âmbito sexual nos dias atuais, não estamos excluindo a probabilidade de estarem alheios aos assuntos do sexo, mas não podemos assumir que todos estejam nessa situação. A criança não é capaz de consentir com o ato sexual, pois não detém autonomia e desenvolvimento suficientes para compreender a completude do ato sexual e as negatividades que dele podem advir em tão tenra idade. Desse modo, como já ressaltado, as crianças devem sempre ser entendidas como vulneráveis, não sendo possível a desconsideração dessa vulnerabilidade, isto é, essa vulnerabilidade deve ser absoluta perante o judiciário. Ressalvando-se, nessa situação, a hipótese de erro de tipo disposto no art. 20 do Código Penal³⁷ que isenta a pena do sujeito ativo a não ser que haja o emprego de violência física ou moral ou o emprego de fraude, o que caracterizaria o crime de estupro (art. 213)³⁸ ou, ainda, o crime de violação sexual mediante fraude (art. 215)^{39, 40}.

Sustenta o Ministro Limongi que o Código Penal tem 69 (sessenta e nove) anos na época da decisão, ou seja, atualmente são 75 (setenta e cinco) anos da data em que foi sancionado o Código Penal. Assim sendo, o julgador tomou como base algumas noções de um Código Penal defasado ao introduzir a Lei 12.015/2009 no ordenamento jurídico, o qual foi, então, menoscabado em sua característica sistemática. A falta de coordenação do art. 217-A do CP para com o Estatuto da Criança e do Adolescente restou clara. O texto do art. 217-A estabeleceu a idade de 14 como idade limítrofe para a caracterização do crime de estupro de vulnerável. Em um ordenamento jurídico organizado de forma sistemática a idade limítrofe seria a de 12 anos. Desse modo, o texto do art. 217-A do CP restaria devidamente justificado pela conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, como já mencionado na jurisprudência em epígrafe, não existem dúvidas de que uma menina de 14 (catorze) anos da década de 1940 (mil novecentos e quarenta) sabe menos sobre sexo que a menina de 12 (doze) anos na sociedade contemporânea. Vivemos na época da super informatização por meio da revolução da internet, dos *smartphones*, em síntese,

³⁷ BRASIL. Código Penal.; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015. Art. 20.

³⁸ *Idem.* Art. 213

³⁹ *Idem.* Art.215

⁴⁰ CUNHA SANCHES, Rogério. **Direito Penal: Parte Especial** – 3 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.258

uma sociedade dotada de uma cultura de grande imersão virtual de fácil acesso. Por conseguinte, entende-se que o sistema penal deve resguardar-se de condenar indivíduos que tem uma vida normal, isto é, por exemplo, uma adolescente de 14 anos que tem relacionamento sexual e emocional com seu namorado de 18 anos, nesse caso, a hipótese de entendimento da norma do estupro de vulnerável como absoluta, acarretaria no enquadramento do indivíduo de 18 anos em uma pena base de no mínimo 8 (oito) anos, auxiliando na superlotação do sistema prisional sem necessidade alguma, pois a realidade social admite e compreende a vida sexual saudável do adolescente como algo normal. Por outro lado, a interpretação da norma do art. 217-A está certa em proibir o sexo com menores de 12 anos, uma vez que, em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, configuram-se como crianças, não podendo ser descaracterizada a vulnerabilidade, não sendo necessária, portanto, a análise do caso concreto, uma vez que a vulnerabilidade deve ser interpretada em abstrato. Acertada, também, está a interpretação da norma em cerne ao permitir a descaracterização da vulnerabilidade com todos os outros sujeitos descritos na norma, quais sejam adolescentes dos 12 aos 14 anos, enfermos e deficientes mentais, quando tenham o necessário discernimento do ato sexual para consentirem de forma justa em conformidade com o respeito aos direitos individuais do indivíduo, analisando-se o caso concreto.

Assim, sendo não só a proteção da criança está em jogo, mas a validade do Estatuto da Criança e do Adolescente, norma com fundamento no art. 227 da Constituição Federal. O Estatuto da Criança e do Adolescente é ignorado no texto do art. 217-A em dois diferentes pontos.

Primeiramente, porque caracteriza o vulnerável em critério etário até os 14 anos. Essa classificação não faz sentido algum na atualidade, sendo escolha arbitrária do legislador. O Estatuto da Criança e do Adolescente protege os menores até os 18 anos e estende essa proteção até os 21 anos quando se fizer necessário. Assim, temos duas definições diferentes para os menores na Lei 8.069 de 1990: até os 12 anos é criança, dos 12 aos 18 anos é adolescente.

Essa classificação definida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente faz se profícua no sentido de identificar uma maior autonomia a partir dos 12 anos. Diante da maior capacidade de entendimento do indivíduo quando atinge a adolescência

ele pode incorrer em medidas socioeducativas mediante a realização de atos infracionais, conforme está disposto no Título III “Da Prática de Ato Infracional”:

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.⁴¹

As Medidas socioeducativas, configuram-se, então, como sendo uma punição diferenciada à do Código Penal para os mesmos tipos penais deste, porém, realizados por sujeitos que ainda não atingiram a maioridade e estão, portanto, sob tutela do estatuto que lhes é dirigido, não caracterizando crime ou contravenção penal, mas sim, ato infracional. Conquanto apenas adolescentes, na faixa etária considerada no Estatuto da Criança e do Adolescente, estão sujeitos às medidas socioeducativas, uma vez que, como mencionado no art.105 (supra), semelhantes casos envolvendo crianças estão sob a égide do Título II “Das Medidas de Proteção”, mais especificamente no art.101 do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁴²

⁴¹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente.; Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/l8069.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015

⁴² BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente.; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/l8069.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.:Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; ~~VII - abrigo em entidade;~~ VII - acolhimento institucional; ~~VIII - colocação em família substituta.~~ VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta. ~~Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.~~ § 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. § 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. 3º Crianças e adolescentes somente poderão ser encaminhados às instituições que executam programas de acolhimento institucional, governamentais ou não, por meio de uma Guia de Acolhimento, expedida pela autoridade judiciária, na qual obrigatoriamente constará, dentre outros:I - sua identificação e a qualificação completa de seus pais ou de seu responsável, se conhecidos;II - o endereço de

Percebe-se, pois, que as medidas de proteção estabelecidas no Título II são muito mais brandas e preocupadas com o desenvolvimento da criança, buscando, por vezes analisar a problemática do ambiente, isto é, da família que lhe dá suporte. Sustentando também hipóteses de necessidade de acompanhamento médico para criança, isto é, busca-se uma reparação do indivíduo. Em contraponto, as medidas socioeducativas são de caráter de remoção de uma maior parcela de liberdade do adolescente, e aplicadas somente a eles como se pode inferir do texto infracitado:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

residência dos pais ou do responsável, com pontos de referência; III - os nomes de parentes ou de terceiros interessados em tê-los sob sua guarda; IV - os motivos da retirada ou da não reintegração ao convívio familiar. § 4º Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, a entidade responsável pelo programa de acolhimento institucional ou familiar elaborará um plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário de autoridade judiciária competente, caso em que também deverá contemplar sua colocação em família substituta, observadas as regras e princípios desta Lei. § 5º O plano individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento e levará em consideração a opinião da criança ou do adolescente e a oitiva dos pais ou do responsável. § 6º Constarão do plano individual, dentre outros: I - os resultados da avaliação interdisciplinar; II - os compromissos assumidos pelos pais ou responsável; e III - a previsão das atividades a serem desenvolvidas com a criança ou com o adolescente acolhido e seus pais ou responsável, com vista na reintegração familiar ou, caso seja esta vedada por expressa e fundamentada determinação judicial, as providências a serem tomadas para sua colocação em família substituta, sob direta supervisão da autoridade judiciária. § 7º O acolhimento familiar ou institucional ocorrerá no local mais próximo à residência dos pais ou do responsável e, como parte do processo de reintegração familiar, sempre que identificada a necessidade, a família de origem será incluída em programas oficiais de orientação, de apoio e de promoção social, sendo facilitado e estimulado o contato com a criança ou com o adolescente acolhido. § 8º Verificada a possibilidade de reintegração familiar, o responsável pelo programa de acolhimento familiar ou institucional fará imediata comunicação à autoridade judiciária, que dará vista ao Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo. § 9º Em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a destituição do poder familiar, ou destituição de tutela ou guarda. § 10. Recebido o relatório, o Ministério Público terá o prazo de 30 (trinta) dias para o ingresso com a ação de destituição do poder familiar, salvo se entender necessária a realização de estudos complementares ou outras providências que entender indispensáveis ao ajuizamento da demanda. § 11. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um cadastro contendo informações atualizadas sobre as crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar e institucional sob sua responsabilidade, com informações pormenorizadas sobre a situação jurídica de cada um, bem como as providências tomadas para sua reintegração familiar ou colocação em família substituta, em qualquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. § 12. Terão acesso ao cadastro o Ministério Público, o Conselho Tutelar, o órgão gestor da Assistência Social e os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e da Assistência Social, aos quais incumbe deliberar sobre a implementação de políticas públicas que permitam reduzir o número de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e abreviar o período de permanência em programa de acolhimento.

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.⁴³

Assim sendo, percebe-se que o texto do art. 217-A do CP ao considerar o vulnerável o indivíduo de até 14 anos acabou por gerar uma desconexão com o ordenamento jurídico como um todo. Sobretudo, considerando a proteção prioritária da Constituição Federal de 1988 sobre o menor definida nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispõe de forma diversa perante crianças e adolescente. A diferenciação entre crianças e adolescentes é necessária para que os mais frágeis não sejam confundidos com os que necessitam de menor tutela do Estado.

Logo, deve-se sempre entender a criança como vulnerável, em razão de sua acentuada hipossuficiência, e o adolescente deve sofrer análise casuística nas hipóteses de enquadramento do crime de estupro de vulnerável. O adolescente ocupa a mesma posição que o enfermo ou deficiente mental, devendo apenas ser considerado vulnerável nos mesmos termos em que o art. 217-A, § 1º define a vulnerabilidade do enfermo e do deficiente mental se entendermos esse parágrafo

⁴³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/l8069.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015

como uma via de duas mãos: em seu sentido negativo, vulnerabilidade absoluta, em seu sentido positivo, vulnerabilidade relativa.

2.3 VULNERÁVEIS POR ENFERMIDADE OU DEFICIÊNCIA MENTAL

Dispõem o § 1º do art. 217-A:

“§ 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.”⁴⁴

Em casos de enfermidade e deficiência mental temos situações extremamente peculiares de modo que a vulnerabilidade deve ser analisada no caso concreto. Analisando-se a disposição textual do art. 217, § 1º percebemos que somente os enfermos ou deficientes mentais que “não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência” será tutelado pela norma penal, ficando clara, nesse parágrafo a aplicação da vulnerabilidade relativa ao enfermo ou deficiente mental.

Assim, sendo, quanto à realidade dos vulneráveis enfermos temos que uma pessoa com relativa e moderada capacidade mental que tenha adquirido capacidade e informações para construir uma vida sexual, não poderia ser enquadrada em uma caracterização de vulnerabilidade absoluta. A dignidade sexual, conflui na liberdade e na integridade sexual do indivíduo, de modo que, quando exercida de modo livre e sem constrangimentos só vem a crescer nas possibilidades de felicidade do indivíduo.

Dada a realidade de um deficiente mental em caso de vulnerabilidade absoluta, seria extremamente lamentável aproveitar-se da situação para satisfazer a própria lascívia, uma vez que o sujeito ativo tenha consciência dessa vulnerabilidade. Assim sendo, trata-se de intervenção legítima ainda que deva ser analisado o caso concreto conforme instrução na norma penal analisada em seu parágrafo primeiro. Tal proposição da lei considera, portanto, a existência de diferentes níveis de incapacidade e enfermidade mental, pontuando claramente os casos de

⁴⁴ BRASIL. Código Penal Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/l2048.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015

vulnerabilidade absoluta e deixando margem para os vulneráveis passíveis de relativização. Logo, não podemos excluir a possibilidade de um indivíduo com síndrome de *down*, por exemplo, ter uma namorada e ter relações sexuais saudáveis com a mesma, nesse sentido

O deficiente mental, como qualquer outro indivíduo, tem necessidade de expressar seus sentimentos de modo próprio e intransferível. A repressão da sexualidade, nestes indivíduos, pode alterar seu equilíbrio interno, diminuindo as possibilidades de se tornar um ser psicologicamente integral. Por outro lado, quando bem encaminhada, a sexualidade melhora o desenvolvimento afetivo, facilitando a capacidade de se relacionar, melhorando a autoestima e a adequação à sociedade. (...) A melhora dos cuidados de saúde e o avanço social que as pessoas com deficiência mental vêm alcançando, nas últimas décadas, têm sido muito grande. Atualmente, por meio do processo de inclusão social, os deficientes mentais leves e moderados são capazes de viver integrados na comunidade e, portanto, expostos a riscos, liberdades e responsabilidades. Essas pessoas, durante a adolescência, devem conhecer as transformações físicas e sociais que ocorrem neste período particular de vida⁴⁵.

Assim, é perfeitamente possível seu consentimento válido para a prática do ato sexual, sendo tal aspecto, inclusive, de grande importância para a sua integridade psíquica. Nessa linha, é ilógico considerar um deficiente mental como vítima certa do crime de estupro de vulnerável, uma vez que essa lógica acarretaria na negação imediata da sexualidade do deficiente, o que cientificamente não procede. Conclui-se, mais uma vez e em consonância com o art. 217, § 1º, ser a vulnerabilidade dos enfermos e deficientes mentais relativa, impondo-se ao julgador a análise do caso concreto⁴⁶. O silêncio e a repressão são formas negativas de lidar com a sexualidade. Neste sentido:

A escassez dos trabalhos sobre a sexualidade das pessoas com deficiência mental, apesar da importância deste debate, nos permite questionar se este fato não se deve ao tema ser ainda revestido de preconceitos pela sociedade. (...) Desta forma, torna-se um desafio modificar a visão sobre os projetos do exercício da sexualidade dos que têm deficiência mental, geralmente abordados pela sociedade a partir de uma visão negativa e pessimista. É preciso valorizar os aspectos positivos e otimistas decorrentes da prática sexual destes adolescentes, em detrimento dos preconceitos relativos ao exercício de sua sexualidade, contribuindo para enriquecer sua sexualidade⁴⁷.

⁴⁵ INSTITUTO INDIANÓPOLIS. **Adolescente com deficiência mental e sua sexualidade**. Disponível em <<http://www.indianopolis.com.br/si/site/1103>>. Acesso em 14 de setembro de 2015.

⁴⁶ MOREIRA, Lília MA; GUSMÃO, Fábio AF. **Aspectos genéticos e sociais da sexualidade em pessoas com Síndrome de Down**. Revista Brasileira de Psiquiatria (São Paulo), Brasil, v. 24, n. 2, p. 94-99, 2002.

⁴⁷ BASTOS, Olga Maria; DESLANDES, Suely Ferreira. **Sexualidade e o Adolescente com deficiência mental: uma revisão bibliográfica**. Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 10, n° 2, 2005, p. 386-398

Assim sendo, percebe-se a necessidade de não obstaculizar o desenvolvimento sexual de indivíduos enfermos ou deficientes mentais por questão de preconceitos ou tabus. A sexualidade deve ser orientada e não obstaculizada quando o enfermo ou deficiente mental estiver em condições de compreender o assunto com a maturidade devida. Todavia, ressalvada também fica a hipótese de erro de tipo na configuração do tipo penal descrito no art. 217-A, § 1º de modo que possamos adotar a doutrina de Nelson Hungria quando alerta que a qualidade da vítima deve ser, quando não espetacular, pelo menos aparente, reconhecível por qualquer leigo em psiquiatria⁴⁸, considerando-se assim que nos mesmos termos já antevistos “(...) o erro que conduz o sujeito a desconhecer a vulnerabilidade da vítima isenta de pena, excluído o próprio crime nos termos do artigo 20 do CP (erro de tipo)”⁴⁹

2.4 VULNERABILIDADE ABSOLUTA

Destarte, compreende-se que a vulnerabilidade absoluta é o caso no qual não se retira a presunção de vulnerabilidade do sujeito passivo admitida em norma penal. A condenação é realizada, então, confirmadas a materialidade e a autoria do tipo especificado no art. 217-A, de modo que, mesmo que não haja violência, haverá condenação, pois fica, nesse caso, proibido o ato sexual com o indivíduo vulnerável. Entende-se por vulnerável o incapaz de compreender as peripécias do ato sexual, de modo que não é capaz de julgar por si mesmo suas consequências, tornando-se, assim, incapaz do consentimento em tal situação. Ademais, também será vulnerável se não for capaz de compreender a violência que sofre ou de defender-se dela.

A vulnerabilidade absoluta é tutela de extrema proteção do Estado sobre um indivíduo. Trata-se de proteção paternalista do Direito Penal, uma vez que entende-se a fragilidade do indivíduo e retira-se dele o poder de consentir validamente, no caso, com o ato sexual. Tal vulnerabilidade é, de fato, necessária à proteção do indivíduo vulnerável.

⁴⁸ HUNGRIA, Nelson; **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro. v.8, 1947, p.226

⁴⁹ CUNHA SANCHES, Rogério. **Direito Penal: Parte Especial**, 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. - (Coleção ciências criminais; v. 3 / coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha). p.258

Todavia, o art. 217-A tem uma visão ampla do vulnerável, de modo que a vulnerabilidade absoluta corre o risco de ser relativizada ao passo que a relativa também corre o risco da absolutização.

Se todo e qualquer ato sexual com os indivíduos enunciados no art. 217-A não admitir relativização, ensejando uma condenação imediata em face da lei, observando-se os trâmites do devido processo legal, corre-se o risco de desrespeitar liberdades individuais do indivíduo. A liberdade sexual da pessoa não pode ser mitigada gratuitamente, porquanto fundamental é o direito de dispor da própria liberdade sexual em situações que não contrariem os princípios do Direito Penal. Assim sendo, é direito do indivíduo considerado capaz para a prática do ato sexual decidir com quem quer ter relações sexuais, o momento e onde pretende fazê-lo. Logo, adolescentes de 13 anos que namoram adolescentes de 18 teriam seu parceiro condenado; deficientes mentais com certo grau de discernimento sexual estariam impedidos de realizar coisas da vida comum, capazes de elevar sua autoestima e autorrealização.

Porém, a vulnerabilidade absoluta existe e sua existência é fato imprescindível para o desenvolvimento psicoemocional dos vulneráveis de fato. Mas e quem é de fato vulnerável? Como identificar e ter certeza a respeito disso? A realidade mostrará que cada caso é um caso, e que cada adolescente tem uma certa maturidade emocional que outro pode não ter, e assim também ocorre com os deficientes e enfermos, mas a criança é absolutamente vulnerável, por ser criança, por não ter capacidade biológica para o ato sexual, por este poder lesar-lhe tanto fisicamente como psicologicamente. É indivíduo em formação de personalidade e em formação corporal. Não há, portanto, justificativa plausível para descaracterizar a vulnerabilidade da criança, mesmo no caso exemplificativo de uma menina de 10 (dez) anos que seja prostituta e já esteja deflorada é necessário que sua vulnerabilidade não seja desconstituída, uma vez que a condição de prostituta não retira sua vulnerabilidade, por ser criança de dez anos, e não ter o menor discernimento do que faz, colocando em risco seu próprio corpo e seus direitos individuais, devendo obter proteção paternalista do Estado, quando a de seus tutores não lhe foi suficiente para evitar chegar a condição de prostituição ainda criança. Ressalva-se que não estamos aqui fazendo julgamentos morais sobre a prostituição, mas sobre a proteção e orientação do menor de 12 anos em suas decisões a nível

sexual, visando à conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS PALAVRAS DA VÍTIMA INDICANDO A PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS TANTO NA FASE DE INQUÉRITO COMO EM JUÍZO INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS PARA DUVIDAR DA PALAVRA DO OFENDIDO SE É SEGURA E COERENTE PROVA ORAL CORROBORANDO A AUTORIA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE COMPROVADA CRIME CARACTERIZADO CONDENAÇÃO MANTIDA⁵⁰

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PALAVRA DA CRIANÇA VITIMADA EM HARMONIA COM OUTRAS PROVAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO – I – Nos crimes contra os costumes, dada a sua natureza clandestina, imensa força probante tem a palavra da vítima, mormente quando esta encontra apoio na prova dos autos, sendo irrelevante o fato de o ofendido ser menor, uma vez que tal circunstância não retira a credibilidade de suas declarações, pois a criança, a despeito de sua imaturidade e sugestibilidade, não é, a princípio, mentirosa e não imputaria, inescrupulosamente, a alguém crime tão grave quanto comprometedor de sua intimidade. Precedente⁵¹

Ambas as jurisprudências acima relatam o posicionamento vigente da vulnerabilidade absoluta dos respectivos sujeitos passivos, resguardando seus direitos individuais de liberdade e dignidade sexual e respeitando o devido tratamento da criança e do adolescente em suas garantias constitucionais. Ademais, demonstram a vigência atual do instituto da vulnerabilidade absoluta para crianças e para aqueles que não tenham o necessário discernimento ou que não possam oferecer resistência ao ato sexual.

2.5 VULNERABILIDADE RELATIVA

A vulnerabilidade relativa é instituto de realização da justiça no caso concreto. Trata-se da possibilidade de relativizar o enquadramento do vulnerável no art. 217-A do CP, objetivando-se, assim, a aproximação da norma à realidade social vigente nos crimes de estupro de vulnerável, quando a aplicação integral do art. 217-A do Código Penal venha a repercutir em situação desnecessária à tutela do sistema penal, visando resguardar a condenação de sujeito que não atentou contra o sujeito

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal 0067234-97.2010.8.26.0050, 11ª Câmara Criminal, desembargador Alexandre Almeida, DJe de 08.03.2013. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0241.10.003396-8/001, 4ª Câmara Criminal, desembargador Eduardo Brum, DJe de 14.06.2012. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

passivo assim entendido pela norma do art. 217-A como vulnerável, uma vez que, mediante as percepções do caso concreto, a vulnerabilidade acabou por ser descaracterizada. Restando, porquanto, ineficiente ao sistema penal uma condenação ineficaz à realização de seus princípios norteadores, como já abordou Guilherme de Souza Nucci⁵²:

(...) em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto.

Assim sendo, já entende Nucci que a justiça do caso deve ser analisada em concreto. A melhor forma, portanto, de definir o vulnerável, a seu ver, é a partir de uma análise casuística. Ainda assim, na opinião do mesmo autor, é possível compreender melhor o confronto instaurado entre a caracterização da vulnerabilidade em relativa ou absoluta:

Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se no Brasil, o caráter da presunção de violência- se relativo ou absoluto-, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade consentimento em relação aos atos sexuais. Porém assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de doze anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual⁵³

⁵²NUCCI, Guilherme de Souza. **O Crime de Estupro sob o prisma da Lei 12.015/09**. (arts. 213 e 217-A do CP (LGL\1940\2)). Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 902,p. 395-422, dez. 2010. p. 415)

⁵³NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a Dignidade Sexual**.3º Edição rev. Atual. Ampl.. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009. p.38.

A análise de Nucci faz-se, portanto, extremamente coerente ao analisar que o ideal de justiça concreta não pode se afastar da realidade e não peca pela rigidez, entendendo que o Código Penal vem segurando a ideia de maturidade sexual desde 1940 como sendo aos 14 (catorze) anos. As transformações sociais porém, desenvolvem-se rapidamente de modo que nem sempre é possível à lei acompanhar-lhas, de acordo com Nucci, todavia a tentativa de alcançar a melhor decisão no caso concreto deve ser aproximada da realidade e por meio dos princípios da intervenção mínima⁵⁴ e da ofensividade⁵⁵. A opinião de Nucci sobre a

⁵⁴ Sobre o princípio da intervenção mínima: “Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita. JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral – 33 ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 52

Nesse sentido Cezar Roberto Bittencourt afirma: O princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o estado – observada a reserva legal- crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível eliminar o arbítrio do legislador. O princípio da intervenção mínima também conhecido como última *ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as leis penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a última *ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach, “ na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito penal deve representar a última *ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica” (Reinhard Maurach, Tratado de Derecho Penal, trad. Juan Córdoba de Roda, Barcelona, Ariel, 1962, t.1, p.31.) Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária, e a sua intervenção se justifica quando – no dizer de Muñoz Conde- “ fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito” (Muñoz Conde, Introducción al Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1975, p.60). A razão desse princípio –afirma Roxin- “ radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social” (Claus Roxin et alii, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, p.23.) (...) Resumindo, antes de se recorrer ao direito penal deve-se esgotar todos os meios extra-penais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo social.” BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – 16ed.- São Paulo: Saraiva, 2011. p.43 e 44

⁵⁵Sobre o mesmo tema na opinião de Cezar Roberto Bittencourt: “ Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente no mínimo, perigo concreto, ao bem jurídico tutelado. Por esta razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico determinado. Em outros termos o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal, O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro de servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a

vulnerabilidade absoluta da criança também acompanha a ideia defendida por esta monografia. Ademais, a opinião deste autor consiste com o que já analisamos a respeito do fato de que o art. 217-A ignora o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente ao colocar o limiar para consentimento com o ato sexual nos 14 anos e não nos 12 anos, idade limítrofe entre a infância e a adolescência, através da qual a criança passa a adquirir maior autonomia. De modo que as garantias constitucionais da criança e do adolescente acabam por ser sobrelevadas, porquanto o Estatuto que lhes rege diferencia a criança do adolescente em matéria de autonomia. Desse modo, o instituto da vulnerabilidade relativa configura-se como instrumento fundamental para aproximar a realidade à norma através da análise casuística no judiciário, visando-se, assim, à efetividade do sistema penal como um todo, primando pela coerência com seus princípios norteadores. Nesse sentido entende Cezar Roberto Bitencourt⁵⁶:

Embora se tenha utilizado outra técnica legislativa, qual seja, *suprimir a previsão expressa da presunção de violência*, certamente, a *interpretação mais racional* deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do STF, qual seja, examinar caso a caso, para se constatar, *in concreto*, as condições pessoais de cada ofendida, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea. Nessas condições, é impossível não concordar com a conclusão paradigmática do Min. Marco Aurélio: “A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança”(HC, STF 73.662/MG, 2ª T., rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. em 21-5-2005.). Dessa forma, impõe-se a conclusão de que a presunção de vulnerabilidade consagrada no novo

conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido. BITENCOURT. Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª edição rev. ampl. Atualizada.2013. p.61-62.

Sobre o princípio da ofensividade: “O direito penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa. Entre nós, esse princípio pode ser extraído do art.98, I, da Const. Federal, que disciplina as infrações penais de menor potencial “ofensivo”. Para um setor da doutrina, o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) requer, para a existência (material) do crime, que a conduta produza uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem jurídico tutelado.” JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1 : parte geral – 33 ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 52

⁵⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública** – 6 ed. rev. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2012.p.104

texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é relativa, recomendando avaliação casuisticamente.

Cezar Roberto Bitencourt entende, assim, que, em consonância com orientação jurisprudencial do STF desde a vigência do art. 224 revogado pela Lei 12.015, de 2009, a vulnerabilidade do art. 217-A do CP deve ser entendida de forma relativa, citando, para a consolidação de seu argumento as palavras do Ministro Marco Aurélio que, em sua análise busca adaptar a norma penal à realidade cultural vigente. Assim sendo, podemos compreender que a vulnerabilidade relativa é instituto cabível e necessário na interpretação do art. 217-A quando este estiver tratando de adolescentes e enfermos ou deficientes mentais ou de qualquer indivíduo que se enquadre nos termos do art. 217-A, § 1º em seu sentido oposto, o que pode ser compreendido retirando-se a gramática negativa do seu texto “(...) tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que (...) pode oferecer resistência.”

Entendido o conceito de vulnerabilidade relativa em nível normativo e doutrinário, faz-se imprescindível a análise de sua aplicação nos casos concretos. Sobre a vulnerabilidade relativa em aplicação no judiciário:

Estupro – Menor de quatorze anos – Consentimento da vítima – Violência – Presunção relativa. A presunção de violência mencionada no art. 224 do CP (LGL\1940\2) é relativa, e, havendo comprovação de que a vítima, embora menor de quatorze anos, consentiu nas relações sexuais mantidas com o acusado, sem que tenha havido qualquer ameaça ou violência, desconfigurado está o crime de estupro. Desprovemento do recurso que se impõe⁵⁷

O julgamento acima é anterior à reforma de 2009, logo, não existe ainda a figura da vulnerabilidade, mas a figura da “presunção de violência que figurava no Código Penal antes da Lei 12.015. A presunção de vulnerabilidade estava disposta no art. 224 e, à semelhança da vulnerabilidade, pode ser entendida como relativa ou absoluta, de modo que a primeira admite prova em contrário, podendo-se desconfigurar a presunção de violência já instaurada pelo antigo art. 224 do Código Penal, ao passo que a presunção de violência absoluta é aquela que, dadas as condições do caso, a materialidade e a autoria em consonância com o depoimento da vítima acabam por obstaculizar a relativização da violência, tornando-a, portanto, absoluta. Todavia, no precedente supracitado, ocorre a relativização da presunção

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0418.06.001652-8/001, 3ª Câmara Criminal, desembargador. José Antônio Carlos Cruvinel, *DOMG* 26.03.2008). Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

de violência fundamentada nos critérios de que a vítima havia consentido nas relações sexuais e que o ato sexual não foi exercido sob violência ou ameaça. Segue outra jurisprudência nos mesmos termos da primeira, tratando ainda do conceito de presunção de violência:

“Apelação criminal. Estupro e atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Sentença absolutória. Consentimento para o ato sexual. Relativização da presunção de violência. Revogação do edito absolutório. Inviabilidade. 1 – Ressaindo dos autos, que a vítima, menor de 14 anos, apresenta maturidade precoce, no plano da sexualidade e da emoção, em face das circunstâncias da vida, e tinha, desse modo, plena consciência de seus atos, consentindo com a prática sexual, torna-se imperativa a manutenção da sentença absolutória, relativizando-se a presunção legal de violência. Recurso conhecido e improvido”⁵⁸

Nessa Ementa faz-se interessante analisar que o consentimento da menor de 14 anos entendeu-se mediante análise do sujeito passivo do crime que no caso foi entendida como dotada de “ maturidade precoce, no plano da sexualidade e da emoção, em face das circunstâncias da vida e tinha, desse modo, plena consciência de seus atos, consentindo com a prática sexual (...)” os mesmos argumentos poderiam ser utilizados para destituir a presunção de vulnerabilidade absoluta, relativizando-a. Assim, compreende-se que é anterior à Lei 12.015/2009 a discussão da relativização de uma presunção, nesse caso, a presunção de violência, nos casos posteriores à lei citada, a presunção de vulnerabilidade. Faz-se, por conseguinte, coerente a análise das seguintes ementas posteriores à 2009:

PENAL E PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - PALAVRA DA VÍTIMA - VERSÕES CONFLITANTES - DESARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - AUSÊNCIA DE CREDIBILIDADE - MENOR DE 14 ANOS - VULNERABILIDADE - MITIGAÇÃO. 1) A palavra da vítima, nos delitos contra a liberdade sexual, para que sirva de lastro à condenação, deve estar em harmonia com os demais elementos de prova constantes dos autos. Assim, quando a ofendida apresenta diversas versões para um mesmo fato, suas palavras padecerão de credibilidade. 2) A vulnerabilidade da vítima, conforme resta disposto no artigo 217-A do Código Penal, não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário, porquanto, se assim o fosse, restaria configurada a hipótese de responsabilidade objetiva. Desta forma, tal conceito deverá ser mensurado em cada caso concreto trazido à apreciação do Poder Judiciário. 3) Apelos providos.⁵⁹

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação, 200903913288, 1ª Câmara Criminal, desembargador Itaney Francisco Campos, *DJ-GO* 05.02.2010, Disponível em: www.tjgo.gov.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Apelação 0001215-68.2010.8.03.0012, 2ª Câmara, desembargador Gilberto Pinheiro, j. 18/6/2013. Disponível em: www.tjap.gov.br. Acesso em:

A ementa supracitada entende que a vulnerabilidade se entendida de forma absoluta em razão do critério etário acaba por configurar hipótese de responsabilidade objetiva do sujeito ativo, assim sendo, utiliza o relator os seguintes argumentos:

Através de leitura atenta dos autos, depreende-se que a jovem possuía, já à época, maturidade sexual acima daquela que seria natural à sua idade, pois, ao terminar um namoro, um primeiro relacionamento que manteve, descreveu seu desfecho como coisa corriqueira. Como se verifica por suas aquilo lhe pareceu banal, quando, na maioria das vezes, o término de uma relação pode deixar mágoas, cicatrizes, desgaste natural sofrido pelo ser humano. É comum assim ocorrer. Não se pode negar que a idade pode influir para aferição da vulnerabilidade, entretanto, cada caso concreto deve ser analisado à luz dos elementos constantes dos autos, porquanto não se trata de regra absoluta. O fato de ser, a teor do texto normativo, vulnerável, comporta exceções, como ocorre na hipótese dos autos. No que diz respeito à prática das relações sexuais entendendo não existirem dúvidas no sentido de terem os apelantes mantido conjunção carnal com a menor. Destarte, a questão em pauta deve ser verificada sob outra perspectiva que passa pela, conforme descrito pela Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Noele Ochoa Piazzetta, *análise do alcance do conceito de vulnerabilidade. Esta não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário, o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades*. Como bem apregoa Guilherme de Souza Nucci, a vulnerabilidade deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual.⁶⁰

Assim, entendeu o julgador que o instituto da vulnerabilidade não deve ser aplicado sem uma prévia análise do caso, de modo que a palavra do sujeito passivo deve vir a ser coerente com a prova dos autos, sob pena de, em contrariedades, não ter sua vulnerabilidade interpretada de forma correta. Ademais, a análise da maturidade do sujeito passivo deve ser realizada de acordo com os elementos possíveis.

PENAL E PROCESSO PENAL. [...]. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. ADOLESCENTE COM 13 (TREZE) ANOS À ÉPOCA DO FATO. VEDAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA. VULNERABILIDADE RELATIVIZADA COM AMPARO NAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. APELO CONHECIDO E PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE

30 de setembro de 2015

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Apelação 0001215-68.2010.8.03.0012, 2ª

Câmara, desembargador Gilberto Pinheiro, j. 18/6/2013. Disponível em: www.tjap.gov.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015

PROCESSO PENAL. [...]. 2. Será possível considerar a relativização da vulnerabilidade do art. 217-A do Código Penal (LGL1940\2), não sendo absoluto em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do adolescente e o cotejo probatório, sob pena de se ferir os princípios do contraditório e ampla defesa. 3. Impossibilidade de se reputar como delituosa uma conduta aceita ou tolerada pela sociedade, em respeito ao princípio da adequação social. 4. Recurso conhecido e provido,⁶¹

A ementa supra também entende que a desconsideração da vulnerabilidade se entende necessária em casos nos quais o grau de conscientização do adolescente sobre as questões sexuais representem certa maturidade, de modo que a caracterização do ato sexual com o adolescente em conduta delituosa acarretaria no desrespeito ao princípio da adequação social⁶². Por fim, a última ementa entende a vulnerabilidade relativa também ao tratar de adolescentes entre 12 e 14 anos:

APELAÇÃO. ESTUPRO. APELO EXCLUSIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Vítima maior de 12 e menor de 14 anos. Vulnerabilidade relativa. Vítimas prostituídas. Inexistência de violência presumida. Vítima que namorava o réu. Ausência de violência real. Conduta atípica. Matéria de ordem pública. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal.⁶³

A ementa acima entende que a ausência da vulnerabilidade ou ainda da “violência presumida” como mencionado, uma vez que, na análise do caso concreto, entendeu-se que não existia “violência real”, porquanto a vítima namorava o réu. Percebe-se, pois, que todas as ementas supramencionadas tratam de precedentes

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Apelação Criminal 2010.005386-8, Câmara Criminal, desembargador Virgílio Macêdo Jr., Julgamento: 26/05/2011. Disponível em: www.tjrn.gov.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

⁶² Sobre o princípio da adequação social Cezar Roberto Biterncourt entende: “Segundo Welzel (Welzel, Derecho Penal alemán, 12ªed. Chilena, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987, p.83), o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa *relevância social*: caso contrário não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade.(...) O tipo penal implica uma *seleção de comportamentos* e, ao mesmo tempo, uma *valoração* (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. Por isso, segundo Stratenwerth (Stratenwerth, Derecho Pen al; Parte General, trad. GladysnRomero, Madrid, Edersa, 1982, p.6), “é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento”. A *tipicidade* de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado* lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de *tipicidadematerial*. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém, materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica. Mas como afirma Jeschek (Jeschek, Tratado, cit., v.1, p.343), “só se pode falar de exclusão da tipicidade de uma ação por razão de adequação social se faltar o conteúdo típico do injusto”. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – 16ed.- São Paulo: Saraiva, 2011. p.49-50.

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (Apelação Crime No 3000083-78.2009.8.26.0024, desembargador Souza Nucci, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data do julgamento: 30/08/2011.) Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

jurisprudenciais que relativizaram a condição de vulnerável prevista no art.217-A sob pena de desviarem-se dos verdadeiros princípios do Direito Penal, que visa punir apenas mediante existência de real perigo social, de modo que, não existindo conduta delituosa a interferência do direito penal é desnecessária e deve ser evitada, porquanto sua interferência é prevista em consonância com seus princípios essenciais.

3. O PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL

3.1 O PATERNALISMO E SUA APLICAÇÃO AO CASO EM ANÁLISE

A origem da palavra paternalismo vem do latim: pater, sua raiz, significa pai. De tal modo que o termo representa um comportamento de um superior sobre seu inferior.⁶⁴ Assim sendo, quando o Estado, ou uma organização, ou mesmo um indivíduo agem sobre outro Estado, outra organização ou outro indivíduo, temos uma relação semelhante à de um pai com seu filho.⁶⁵ *O Dicionário da Real Academia Espanhola*, por sua vez, ao referir-se à semântica do vocábulo paternalismo como sendo “toda tendência a aplicar as formas de autoridade e proteção próprias do poder do pai no contexto familiar tradicional ou em relações sociais de outra natureza, como as políticas e as trabalhistas”.⁶⁶ Ainda que a raiz da palavra paternalismo tenha origem latina, o termo em si tem origem anglosaxã e é definido como a prática de uma administração paternal ou como a intenção de suprir as necessidades ou regular a vida de uma nação da mesma forma como um patriarca faz com sua família.⁶⁷

Assim sendo, entendemos haver a intervenção de um ente (no caso o Estado) sobre a vontade de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos em uma relação de paternalismo jurídico. A restrição de liberdade das pessoas, contra sua vontade, para seu próprio bem, constitui o grande paradigma do paternalismo.⁶⁸ De acordo com Manuel Atienza uma conduta é paternalista quando se destina à obtenção de um benefício para um indivíduo ou grupo de indivíduos, sem que, para tanto, seja considerada sua capacidade de disposição acerca do conteúdo da deliberação resolutiva.⁶⁹ Sobre o paternalismo, João Paulo Orosini Martinelli o define como:

⁶⁴ SUBER, Peter. Paternalism. In: BERRY GRAY, Christopher (org.) *Philosophy of Law: An Encyclopedia*, vol.II. Nova Iorque (EUA): Garland.1999.p.632

⁶⁵ FOTION, N. **Paternalism. Ethics**, Chicago (EUA), vol 89, nº2, pp191-198, jan1979, p.191

⁶⁶ *5 Dicionário de Lengua Espanhola*,. 21. ed. Madrid: Real Academia Espanhola, 1992. t. 2, p. 1547

⁶⁷ ALEMANY, Macario.El concepto y la justificación del paternalismo. p. 38

⁶⁸ ARNERSON, Richard J. **Paternalism**. IN: CRAIG, Eduard (org.) *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres (Inglaterra), vol.07, 1998. p.250.

⁶⁹ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. **Discutamos sobre paternalismo**. Cuadernos de Filosofía del Derecho Universidade de Alicante, Valência: 5/203-214.

(...) interferência na liberdade de escolha de alguém, com ou sem coerção, para o bem da própria pessoa, contra sua vontade. Assim, como características do paternalismo podemos apontar: (1) a intervenção na liberdade de seleção de alguém; (2) quem interfere quer o bem da pessoa que sofreu a interferência; (3) aquele que interfere age contra a vontade do suposto beneficiado⁷⁰.

Percebe-se, portanto, que por trás da faceta de proteção do paternalismo está o objetivo de evitar prejuízos e danos. Feinberg, um dos principais filósofos dedicados ao paternalismo busca responder quais tipos de condutas pode o Estado incriminar corretamente, distinguindo, assim, as propostas legislativas legítimas das ilegítimas e desmembra a noção de dano: teríamos o dano a terceiros e o dano a si mesmo⁷¹. No caso em análise é clara a preocupação do Estado em evitar que o indivíduo cause dano a si mesmo. De acordo com Pedro Paulo de Cunha Ferreira o paternalismo, em termos gerais, também pode ser definido como:

O paternalismo constitui-se, basicamente, em sua generalidade, no comportamento protetivo de alguém para com outrem, de modo a interferir em seu comportamento desprezando a vontade alheia. Observa-se que a vontade do sujeito alvo da atitude paternalista é desconsiderada ou invalidada por tornar despidendo seu conteúdo, vez que este não governa *in totum* a decisão a ser tomada, sendo dirigida de acordo com as intelecções do autor do ato paternalista.⁷²

Na opinião de Luiz Regis Prado, a tutela de bens jurídicos consolida a função primordial do Direito Penal, de modo que o ato paternalista não deixa de constituir uma vertente do fim jurídico-penal, ainda que, por vezes, configure-se de modo prejudicial ao sujeito, que possui capacidade plena de decisão.⁷³ O paternalismo constitui-se, portanto, como uma relação entre duas partes essenciais. Uma parte deve agir paternalisticamente e a outra é aquela que tem sua liberdade restrita pelo ato paternalista. O agir paternalista se realiza perante a busca do bem daquele que tem sua liberdade mitigada, de modo que busca-se evitar um prejuízo ou promover um benefício.⁷⁴

⁷⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo na lei de drogas**, p.14 . Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?con_id=15> . Acesso em 18/11/2015. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

⁷¹ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. Nova Iorque: Oxford.1984.p.03.

⁷² FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. **Um Exame Analítico Acerca do Paternalismo Jurídico Penal e seu Antagonismo crítico à Luz da Autonomia da Vontade Pessoal**, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.98/2012, p.209-237, set-out/2012.

⁷³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 259 e ss.

⁷⁴ ARCHARD, David. **Paternalism defined**. in Analysis, vol. 50, n° 01, Janeiro de 1990. p. 37.

O paternalismo jurídico-penal, por sua vez, não busca promover benefícios - ao menos diretamente -, mas evitar prejuízos. Na abordagem de João Paulo Orsini Martinelli⁷⁵:

(...) o paternalismo penal é exercido por meio da coerção estatal, que utiliza leis penais com o fim de proibir determinadas condutas. Somente podem ser criminalizadas condutas que representam uma lesão ou um perigo de lesão a um bem juridicamente relevante. Essas condutas são descritas nos tipos penais e a elas são cominadas penas, que podem ou não ser aplicadas, de acordo com o caso concreto. (...) A cominação de penas demonstra a coerção do Estado, que faz uso do seu meio mais repressivo para impedir a prática de uma infração. Quando um comportamento é descrito como crime, o Estado quer interferir na escolha de alguém, mostrando que, caso opte pela conduta proibida, a pena cominada é a possível consequência dessa opção.

O paternalismo penal encontra-se, portanto, na esfera do Direito Penal, utilizando-se da cominação de penas como meio de reprimir condutas entendidas como lesivas pelo Estado. Ainda sobre o paternalismo jurídico-penal vamos analisar o entendimento de Pedro Paulo da Cunha Ferreira⁷⁶;

Na legislação penal brasileira, sejam as incriminações do Código Penal, sejam as tipificações de leis especiais, encontram-se traços significativos do chamado paternalismo jurídico-penal. A suspeita da inserção paternalista na legislação criminal materializa-se por meio de tipos penais que proíbem determinados comportamentos, valendo-se, para tanto, da imposição de uma determinada sanção de ordem jurídico-penal. No particular caso do paternalismo no Direito Penal, sua manifestação se dá sob o manto da proteção da autonomia individual, plasmado na tutela de bens jurídicos essenciais à convivência pacífica dos homens e de sua autorrealização.

O paternalismo jurídico-penal é, portanto, aquele que de fato interessa a esta monografia, para fins de compreender se a conduta do legislador é legítima e até que ponto é justificável a legitimação do paternalismo jurídico-penal em face do art. 217-A. Contudo, faz-se imprescindível analisar, ainda, outras classificações úteis a este estudo sobre a concepção de paternalismo.

Gisele Mendes de Carvalho distingue o paternalismo positivo do negativo, entendendo ser o primeiro aquele que visa à promoção de um bem ao sujeito protegido, ao passo que o segundo ocorre na tentativa de impedir a ocorrência de

⁷⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal** (tese de doutorado) Univerdiade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.99 < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php> > Acesso em: 30 de setembro de 2015)

⁷⁶ FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. **Um Exame Analítico Acerca do Paternalismo Jurídico Penal e seu Antagonismo crítico à Luz da Autonomia da Vontade Pessoal**, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.98/2012, p.209-237, set-out/2012.

um dano.⁷⁷ A mesma autora também desconstrói o paternalismo em duas vertentes em termos de diferente intensidade, ao tratar do paternalismo leve (*soft paternalism*) que é aquele que busca evitar uma conduta necessariamente involuntária do sujeito protegido, ou seja, busca-se proteger alguém contra sua própria atitude, uma vez que este não detém autonomia necessária para a mesma. Este seria o caso dos vulneráveis definidos no art. 217-A, entende a autora que não se trata de um verdadeiro paternalismo nesse caso, pois ao consideramos que o paternalismo se justifica na oposição entre a intenção de proteger e o respeito à autonomia individual, nesses casos o conflito se faz inexistente mediante a falta de autonomia dos sujeitos protegidos por essa forma de paternalismo.⁷⁸

Sobre o paternalismo forte (*hard paternalism*) Gisele Mendes de Carvalho⁷⁹ entende que as ações tomadas com o fim de beneficiar ou evitar o prejuízo que um indivíduo pode causar sobre si mesmo se justificam mesmo quando os atos causadores de dano sejam praticados pelo indivíduo mediante plena autonomia volitiva e cita, em nota de rodapé, Feinberg: “No fim das contas, minhas ações involuntárias, do ponto de vista moral, não se diferenciam em nada das ações de um terceiro sobre as que eu não tive a oportunidade de consentir” (op. cit., p. 112).” Por consequência, é possível concluirmos que o paternalismo focado na proteção do indivíduo em relação ao indivíduo (*harm to self*)⁸⁰ não se diferencia muito do

⁷⁷ MENDES DE CARVALHO, Gisele. **Proteção da dignidade sexual ou paternalismo jurídico: a propósito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável.** Revista dos Tribunais On-line.p.13 Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Gisele%20Mendes%20de%20Carvalho/Delitos%20relativos%20%E0%20prostitui%E7%E3o%20no%20C%F3digo%20Penal%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2015)
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85> Acesso em: 30 de setembro de 2015.

⁷⁸ MENDES DE CARVALHO, Gisele. **Proteção da dignidade sexual ou paternalismo jurídico: a propósito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável.** Revista dos Tribunais On-line.p.13 Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Gisele%20Mendes%20de%20Carvalho/Delitos%20relativos%20%E0%20prostitui%E7%E3o%20no%20C%F3digo%20Penal%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2015)
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85> Acesso em: 30 de setembro de 2015.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Trata-se do princípio da autolesão. De acordo com João Paulo Orsini Martinelli existem dois elementos no princípio da autolesão, quais sejam a lesão alheia e a ausência de consentimento, sobre esses o autor afirma o que segue:” Lesão alheia é aquela que atinge interesses de outro que não seja a própria pessoa que pratica o comportamento. Por isso, também, denomina-se heterolesão. Apenas lesões desta espécie podem ser impedidas pelas proibições penais, permitindo-se as autolesões quando praticadas por pessoas capazes. Dúvidas surgem quando se questiona o que seriam lesões a interesses exclusivamente próprios ou alheios, pois é possível que um mesmo interesse seja pertinente ao próprio sujeito e, simultaneamente, a terceiro. (...) (p.42) Autolesão pode ser conceituada como a restrição ao exercício da autonomia provocada pelo sujeito que sofre tal prejuízo. Em sentido amplo, a autolesão é um comportamento praticado pela própria pessoa contra si mesmo ou a permissão para que outrem o faça. Fazem parte do princípio da autolesão, portanto, as próprias condutas da pessoa lesada e as heterolesões consentidas, comportamentos de terceiros que

paternalismo que evoca a proteção de um indivíduo em frente aos demais (*harm to others principle*)⁸¹ quando a própria pessoa não tem condições de decidir de forma não problemática, ainda que com total capacidade, sobre seus atos. Ainda sobre outros tipos de paternalismo, coerente se faz análise de João Paulo Orsini sobre paternalismo puro:

Para o paternalismo puro, são justificáveis interferências no comportamento de um grupo de pessoas para protegê-las de suas próprias condutas. Quem sofre a restrição da liberdade é o próprio beneficiado. O paternalismo puro, também denominado direto, age sobre indivíduos que se comportam de modo autolesivo. Há coincidência entre o sujeito beneficiado e o que sofre a restrição. Exemplo usual é a norma que impõe o uso de cinto de segurança para proteger o próprio usuário, ou seja, este não tem liberdade de optar por não usar o cinto para seu próprio bem.(...) Diferentemente, o paternalismo impuro, também denominado indireto, legitima a interferência no comportamento de um grupo de pessoas para proteger outras que não fazem parte desse grupo. Exemplo bastante didático é a edição de uma lei que proibisse a produção de cigarros com o objetivo de proteger a saúde dos fumantes. O Estado estaria agindo indiretamente de forma paternalista, já que atingiria os fabricantes com a finalidade de restringir a liberdade de escolha dos fumantes, que encontrariam dificuldades na aquisição do cigarro. Se, ao contrário, a lei proibisse que qualquer pessoa pudesse fumar, teríamos um caso de paternalismo direto, uma vez que os fumantes teriam sua liberdade restrita para seu próprio bem. A maioria dos casos de paternalismo penal está na modalidade impura. São normas proibitivas que visam a proteger bens jurídicos cujos titulares são pessoas vulneráveis que não podem consentir. O exemplo mais emblemático é o art. 217-A do Código Penal, que pune o estupro de vulnerável. O legislador restringe a liberdade do maior de 18 anos como forma de proteger os menores de 14, tornando inválido seu consentimento⁸²

Sobre a análise de Orsini a respeito do paternalismo puro e impuro, podemos compreender que o paternalismo puro é quando a norma paternalista afeta diretamente o indivíduo, e o impuro afeta o indivíduo atingindo e prejudicando um outro grupo de forma indireta. Assim sendo, o autor refere que a forma impura do paternalismo é maioria no paternalismo penal, citando o exemplo do art.217-A: o legislador, objetivando a proteção dos menores de 14 anos, acaba por limitar a

afetam interesses com o consentimento de seus titulares. Enfim, provocar um prejuízo em si mesmo é uma conduta autolesiva, assim como consentir para que outrem o faça.”(MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal** (tese de doutorado) Univerdiade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.115/116 < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php>> Acesso em: 30 de setembro de 2015)

⁸¹ É o princípio da lesão a terceiros. João Paulo Orsini entende o princípio da lesão a terceiros do seguinte modo: “Por princípio da lesão a terceiros compreendemos a proibição legal de condutas que afetam terceiros titulares do interesse atingido por um comportamento. O Estado pode apenas coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo quando finalidade dessa coerção for a defesa de interesses alheios, que não sejam da própria pessoa coagida. Assim, a priori, não cabe ao Estado preocupar-se com condutas autolesivas, pois cada um é o melhor juiz de si mesmo” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal** (tese de doutorado) Univerdiade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.115/116 < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php>> Acesso em: 30 de setembro de 2015)

⁸² MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal** (tese de doutorado) Univerdiade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.115/116 < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php>> Acesso em: 30 de setembro de 2015.

liberdade do maior de 18 anos, e como já analisado mediante a possibilidade da relativização da vulnerabilidade, o legislador acaba por restringir a liberdade daqueles adolescentes maiores de 12 (doze) anos e menores de 14 (catorze) anos que já tem plena capacidade para consentir com o ato sexual. João Paulo Orsini Martinelli também realiza uma análise referencial sobre paternalismo rígido e moderado:

Esta classificação tem por base a *qualidade* das pessoas atingidas pela restrição da liberdade e de quem se quer o bem. Consideram-se os destinatários da norma em duas categorias: responsáveis e irresponsáveis. Os sujeitos responsáveis são aqueles que possuem capacidade e discernimento sobre seus atos e prováveis resultados lesivos, enquanto os irresponsáveis não a possuem. Leva-se em consideração a consciência de quem deseja praticar uma conduta autolesiva ou consente numa heterolesão.(...) Paternalismo moderado (*soft*) é o ponto de vista que considera justificado o paternalismo quando for necessário determinar se a pessoa a ser atingida está agindo voluntária e conscientemente. Nos casos em que não for possível determinar a capacidade do sujeito ou quando tal capacidade não resta comprovada, o comportamento paternalista estaria justificado. É o caso de interferir nas autolesões quando praticadas por crianças, doentes mentais ou adultos com perturbações mentais temporárias. Justifica-se, por exemplo, impedir negócios celebrados por sujeito incapaz quando decorrer algum tipo de prejuízo fora de sua consciência.(...)Para o paternalismo rígido (*hard*), são justificáveis, pelo menos algumas vezes, intervenções paternalistas mesmo quando o sujeito está consciente de sua conduta e deseja praticar uma autolesão ou consente para uma heterolesão. A distinção entre os destinatários do comportamento paternalista não é importante, uma vez que haveria legitimidade tanto na interferência sobre responsáveis quanto sobre os irresponsáveis. Se, por exemplo, um adulto consciente resolvesse doar todo seu patrimônio, sabendo que não teria condições mínimas de uma vida confortável, seria legítimo alguém impedir tal procedimento para garantir seu bem-estar.(...)Essa classificação é importante para a elaboração de normas penais que tutelam os bens jurídicos considerados indisponíveis. Para estes, o paternalismo rígido é aplicável, uma vez que pouco importa a capacidade de seu titular, o essencial é a indisponibilidades do bem. No caso de bens disponíveis, incide o paternalismo moderado, pois quem tem capacidade pode abrir mão de sua tutela.⁸³

Destarte, compreende-se que o paternalismo moderado é o aplicável ao caso em análise, mais especificamente, nos casos de estupro de vulnerável nos quais a vulnerabilidade seja absoluta teremos um caso de paternalismo moderado, quando o indivíduo não tem capacidade plena para realizar o ato sexual, podendo causar dano a si mesmo. Nesses casos, o paternalismo seja ele impuro ou moderado, independentemente da classificação, é necessário à proteção do indivíduo dotado de pouca ou nenhuma autonomia volitiva, como as crianças. No

⁸³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal** (tese de doutorado) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.115/116 < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php>> Acesso em: 30 de setembro de 2015.

entanto, nem sempre o paternalismo ganha cunho meritório, pois a existência de normas paternalistas discutíveis, sobretudo no âmbito penal, é extremamente densa, como exemplo atual podemos citar o art. 28 da Lei de drogas, o art. 122 do Código Penal dentre outras tantas. Fato é que, conquanto, o art. 217-A deva proteger o menor de 12 anos - por ser criança incapaz de consentir com plena capacidade para o ato sexual -, ele acaba tornando-se abrangente a adolescentes, nesse caso corre-se o risco de a conduta paternalista restringir a liberdade de um indivíduo capaz de consentir com o ato sexual, dotado de maturidade suficiente para tal. Assim sendo, o ato paternalista não seria justificável, pois não evitaria nenhum dano, nem promoveria nenhum bem ao indivíduo protegido, consolidando-se apenas como restrição do bem jurídico disponível⁸⁴, qual seja, a liberdade sexual.

⁸⁴De acordo com Gisele Mendes de Carvalho o paternalismo jurídico constitui um dos possíveis fundamentos das limitações impostas pelo Estado com respeito à disponibilidade do bem jurídico dignidade sexual. Vale ressaltar, a despeito da opinião da eminente autora, que nem sempre o paternalismo jurídico será justificável no caso do art.217-A, uma vez que a norma referida se afasta da realidade social concreta ao definir o vulnerável por faixa etária sem justificativa plausível sendo aquele indivíduo até os 14 anos de idade. (MENDES DE CARVALHO, Gisele. **Proteção da dignidade sexual ou paternalismo jurídico: a propósito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável**. Revista dos Tribunais On-line.p.13 Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85> > Acesso em: 30 de setembro de 2015.

CONCLUSÕES

A análise abstrata com presunção absoluta de veracidade do crime de estupro de vulnerável não leva em consideração a cultura moderna, na qual, cada vez mais cedo adolescentes tem seu despertar sexual. De tal forma, seria uma medida extrema de o Estado ativar o direito penal perante uma situação que se faz corriqueira e ilesiva, quando do conhecimento do menor sobre as matérias de ordem sexual. Considere-se, pois, que, se o menor tem vida sexual ativa pregressa, a condenação de uma pessoa maior de idade com a qual venha a ter relações sexuais por livre e espontânea vontade seria um desgaste desnecessário e infundado do Estado, pois não há lesão à integridade física do menor, em contraponto, haveria lesão à liberdade sexual do menor e do maior com quem vem a ter relações sexuais. Trata-se, pois, de atitude paternalista de Estado que acaba por tornar-se infundada quando o sujeito beneficiário do paternalismo, qual seja paternalismo impuro ou moderado, tem capacidade plena para assumir as consequências dos próprios atos, de modo que o ato sexual nem sempre lhe trará um dano, mas, quando verificada a maturidade sexual do indivíduo, acabará por tornar-se meio de restringir a liberdade sexual de forma imoderada.

Realizadas as análises sobre o bem jurídico tutelado e o paternalismo jurídico resta conveniente indagarmos sobre o caso em análise: o art. 217-A protege o bem jurídico da dignidade sexual ou restringe a expressão da liberdade sexual sobre a atuação paternalista estatal? Conclui-se, pois, em uma primeira e breve análise realizada a partir da leitura de alguns escritos sobre o tema, o excesso de proteção por parte do Estado sobre indivíduos que possuem noção da vida sexual, uma vez que é um tema que vem sendo cada dia mais abordado (em casa, no colégio, nas mídias de comunicação etc). Assim sendo, o Estado deve analisar a particularidade do caso, a fim de evitar o desgaste do aparato judiciário penal em supostos crimes sexuais, nos quais o sexo nada mais é do que atividade consensual do próprio indivíduo, configurando-se, ainda, em caso de punição, atuação viciosa do Estado que condena aquele que exerce sua liberdade sexual.

Ressalva-se aqui que o Legislador ao estruturar a norma do art. 217-A do CP prendeu-se a uma realidade antiquada ao designar a idade de 14 anos como limiar entre a maturidade e a imaturidade sexual. Ademais, verifica-se que não há qualquer justificativa para definir os 14 anos como a idade marco para o início da possibilidade

de consentir com o ato sexual, porquanto o ordenamento jurídico, ao ser sistemático, deve ser olhado como um todo, e não se encontra no mesmo nada sobre os 14 anos de idade que possa justificar coerentemente tal escolha legislativa. Todavia, um olhar rápido e até leigo sobre esse mesmo ordenamento jurídico atira aos olhos a idade dos 12 anos, limiar entre a infância e a adolescência em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, fundamentado em norma constitucional (art. 227 da Constituição Federal). Parece, portanto, que seria mais coerente que a norma do art. 217-A do Código Penal adotasse a idade de 12 anos como ponto de divisão entre aqueles que podem e aqueles que não podem consentir com o ato sexual. Desse modo, não poder consentir com o ato sexual na adolescência acaba por tornar o art. 217-A como norma de paternalismo jurídico-penal ilegítimo ao não estar protegendo um indivíduo carente de proteção estatal para realizar determinadas ações, mas ao restringir um bem jurídico disponível a um indivíduo plenamente capaz de fazer suas decisões sem acarretar em autolesões, isto é, sem prejudicar a si mesmo. Em contrapartida, a proteção da criança faz com que a mesma norma tenha conteúdo paternalista legítimo, porquanto a proteção do indivíduo plenamente incapaz para tomar decisões complexas – e isso pode ser entendido no Estatuto da Criança e do Adolescente ao definir menor capacidade de autonomia pessoal à criança- deve ser objeto de proteção estatal, ainda que sobre bens jurídicos disponíveis, visando evitar que o incapaz, na situação especificada, venha a causar danos a si mesmo.

Conclui-se, portanto, que a vulnerabilidade prevista no art. 217-A do Código Penal pode ser entendida como relativa, pois assim definida no seu próprio § 1º, em respeito aos princípios do Direito Penal que não permitem que a realidade seja afastada do caso concreto e muito menos que haja a necessidade de intervenção penal em situações que não ofereçam danos que tornem imprescindível a aplicação desse instituto rígido e pontual que é o aparato judiciário penal. Todavia, não é descartada a vulnerabilidade absoluta, uma vez que existem indivíduos em situação de vulnerabilidade absoluta, as criança em qualquer hipóteses, os adolescentes (maiores de 12 e menores de 14 anos), enfermos e deficientes mentais mediante análise casuística, dada a realidade da norma penal.

REFERÊNCIAS

ARCHARD, David. **Paternalism defined**. in Analysis, vol. 50, n° 01, Janeiro de 1990.

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

ALEMANY, Macario. **El concepto y la justificación del paternalismo**. Disponível em: < <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9927/1/Alemanymacario.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2015.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**, 8ª ed. atual e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011.

ARNERSON, Richard J. **Paternalism**. IN: CRAIG, Eduard (org.) Routledge Encyclopedia of Philosophy, Londres (Inglaterra), vol.07, 1998.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. **Discutamos sobre paternalismo**. Cuadernos de Filosofía del Derecho Universidade de Alicante, Valência, 2003.

BASTOS, Olga Maria; DESLANDES, Suely Ferreira. **Sexualidade e o Adolescente com deficiência mental: uma revisão bibliográfica**. Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 10, n° 2, 2005.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Crimes Sexuais**. 2º Edição. Curitiba: Juruá, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral – 16ed.**- São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19º edição rev. ampl. Atualizada – São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Código Penal.; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação, 200903913288, 1ª Câmara Criminal, desembargador Itaney Francisco Campos, *DJ-GO* 05.02.2010, Disponível em: www.tjgo.gov.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0241.10.003396-8/001, 4ª Câmara Criminal, desembargador Eduardo Brum, *DJe* de 14.06.2012. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0418.06.001652-8/001, 3ª Câmara Criminal, desembargador. José Antônio Carlos Cruvinel, *DOMG* 26.03.2008). Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Apelação Criminal 2010.005386-8, Câmara Criminal, desembargador Virgílio Macêdo Jr., Julgamento: 26/05/2011. Disponível em: www.tjrn.gov.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal 0067234-97.2010.8.26.0050, 11ª Câmara Criminal, desembargador Alexandre Almeida, *DJe* de 08.03.2013. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (Apelação Crime No 3000083-78.2009.8.26.0024, desembargador Souza Nucci, 16ª Câmara de Direito Criminal,

Data do julgamento: 30/08/2011.) Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (Apelação Crime No 3000083-78.2009.8.26.0024, desembargador Souza Nucci, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data do julgamento: 30/08/2011.) Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. Apelação 0001215-68.2010.8.03.0012, 2ª Câmara, desembargador Gilberto Pinheiro, j. 18/6/2013. Disponível em: www.tjap.gov.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. Apelação 0001215-68.2010.8.03.0012, 2ª Câmara, desembargador Gilberto Pinheiro, j. 18/6/2013. Disponível em: www.tjap.gov.br. Acesso em: 30 de setembro de 2015

CAPEZ, Fernando. **Crimes contra a Dignidade Sexual: a Objetividade Jurídica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal N° 35 – Abr-Maio/2010.

CASTRO, Francisco José. Viveiros de. **Os delitos contra a honra da mulher**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

CUNHA SANCHES, Rogério. **Direito Penal: Parte Especial** – 3 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual. Delitos contra la libertad sexual**. Estudios de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, v. 21, 1999.

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

FAUSTO, Bóris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo, 1880-1924**. São Paulo, Brasiliense, 1984.

FEINBERG, Joel. **Harm to others**. Nova Iorque: Oxford.1984.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. **Um Exame Analítico Acerca do Paternalismo Jurídico Penal e seu Antagonismo crítico à Luz da Autonomia da Vontade Pessoal**, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.98/2012, set-out/2012.

FOTION, N. **Paternalim. Ethics**, Chicago (EUA), vol 89, nº2, jan 1979.

GARCIA SANDEVILLE, Lorette. **Crimes sexuais: seu perfeito enquadramento jurídico**. Boletim IBCCrim n.25, jan 1995.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro. v.8, 1947.

INSTITUTO INDIANÁPOLIS. **Adolescente com deficiência mental e sua sexualidade**. Disponível em <<http://www.indianopolis.com.br/si/site/1103>>. Acesso em 14 de setembro de 2015.

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**, 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES DE CARVALHO, Gisele. **Proteção da dignidade sexual ou paternalismo jurídico: a proposito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85> >. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo na lei de drogas**, p.14 . Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=15 >. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

MOREIRA, Lília MA; GUSMÃO, Fábio AF. **Aspectos genéticos e sociais da sexualidade em pessoas com Síndrome de Down**. Revista Brasileira de Psiquiatria (São Paulo), Brasil, v. 24, n. 2, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. 3ª Edição rev. Atual. Ampl.. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009.

SUBER, Peter. **Paternalism**. Nova Iorque (EUA): Garland.1999.

_____. **Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218-A e 218-B introduzidos pela Lei 12.015/2009)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010. RBCCRIM 86

_____. Alves, Jamil Chaim ; BARONE, Rafael ; BURRI, Juliana ; CUNHA, Patrícia ; ZANON, Raphael. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts 213 e 217-A do CP)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 902, 2010.

_____. **Código Penal Comentado**, 14 . ed. rev, atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2ª Edição, São Paulo: Forense, 2014.

POSNER, Richard A., **Sex and Reason**, Nova York, Harvard University Press, 1992.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.