

DAISY ALVES QUEIROZ BARBOSA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: princípios fundamentais inerentes ao
menor de 14 anos sob a ótica doutrinária e jurisprudencial**

CURSO DE DIREITO- UniEVANGÉLICA

2019

DAISY ALVES QUEIROZ BARBOSA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: princípios fundamentais inerentes ao
menor de 14 anos sob a ótica doutrinária e jurisprudencial**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof.^a Me. Karla de Souza Oliveira.

ANÁPOLIS - 2019

DAISY ALVES QUEIROZ BARBOSA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: princípios fundamentais inerentes ao
menor de 14 anos sob a ótica doutrinária e jurisprudencial**

Anápolis, _____ de _____ 2019.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela sua graça e bondade que não tem fim.

Por conceder força em todos os momentos para cumprir cada etapa da vida.

Aos meus pais, Francinalda e Domingos, e meu irmão Douglas, pela paciência, amor e disposição em me ajudar.

Ao meu companheiro de vida, Vergílio, por todo apoio e parceria nesta etapa.

À minha orientadora, professora Karla de Souza, pela sua competência e comprometimento, carisma, sempre disposta a ajudar. Agradeço pelo seu tempo oferecido em cada orientação. É um grande exemplo para mim.

E a professora Áurea Marchetti, supervisora do NTC, por todo incentivo e colaboração na conclusão deste trabalho.

EPÍGRAFE

Apesar dos nossos defeitos, precisamos enxergar que somos pérolas únicas no teatro da vida e entender que não existem pessoas de sucesso ou pessoas fracassadas. O que existe são pessoas que lutam pelos seus sonhos ou desistem deles.

Augusto Cury

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar o estupro de vulnerável com base nos princípios fundamentais inerentes ao menor de 14 anos sob a ótica doutrinária e jurisprudencial. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica e verificação do entendimento preponderante dos tribunais. Este estudo é dividido em três capítulos. Primeiramente, pode ser observado que em decorrência do advento da Lei nº 12015/2009, que traz de modo específico a figura do vulnerável. Por consequência desta atualização, o Código Penal, passa a empregar nomenclatura “dos crimes contra a dignidade sexual”. O segundo capítulo versa sobre os princípios fundamentais consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como escopo a proteção integral do público infantojuvenil. Toda criança e adolescente deve ser protegida ao máximo para que possa chegar à fase adulta com maturidade e assim desfrutar de sua liberdade livre de traumas e sequelas provocadas pelo abuso sexual. Desde o ambiente familiar, tanto o social devem trabalhar em conjunto para amenizar a proliferação deste crime. Por fim, o terceiro capítulo trata das condutas típicas do tipo penal, que são elas, conjunção carnal e ato libidinoso, e também é destinado para analisar os sujeitos que figuram a relação processual e os preceitos referentes a revitimização do menor.

Palavras-chave: Estupro. Vulnerável. Código Penal. Abuso Sexual. Dignidade Sexual. Estatuto da Criança e do Adolescente. Conjunção Carnal. Ato Libidinoso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – ESTUPRO DE VULNERÁVEL	4
1.1 Conceito e contexto histórico	4
1.2 Avanços na legislação penal brasileira	7
1.2.1 Lei nº 2.848/1940	8
1.2.2 Lei nº 12.015/2009	9
1.2.3 Lei nº 13.718/2018	11
1.3 Bem jurídico tutelado.....	15
CAPÍTULO II – VULNERABILIDADE ABSOLUTA E RELATIVA	17
2.1 Princípios fundamentais	17
2.2 Definição de vulnerável	20
2.3 Vulnerabilidade absoluta e relativa.....	22
2.4 Vítima menor de 14 anos desamparada	24
CAPÍTULO III – TRATAMENTO LEGAL E OS VULNERÁVEIS	26
3.1 Condutas típicas.....	26
3.2 Dos sujeitos.....	30
3.3 Inovação da Lei nº 13.431/2017 e o depoimento especial	33
3.4 Vitimização secundária- procedimento investigatório.....	34
3.5 Função protetiva do conselho tutelar	36
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

Em virtude da relevância desta temática, é necessário observar as evoluções sociais decorrentes do avanço das civilizações. Na análise primordial, vale considerar o conteúdo das garantias fundamentais inerentes a todo ser humano. A Constituição Federal reserva um espaço direcionado aos princípios gerais que regem as relações humanas, desde o modo como proceder de maneira harmoniosa e equilibrada como também o tratamento igualitário a todos.

O método de pesquisa utilizado foi bibliográfico, baseado na doutrina majoritária e conceituação de diversos autores. Assim também, as jurisprudências dos Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça de alguns Estados foram analisados para compreensão do enquadramento do tipo penal. Os artigos científicos possuem sua parcela de contribuição para solidificação do assunto. Sendo assim, é necessário relatar a importância da legislação penal para assimilar toda a estrutura típica e os avanços na lei.

É fundamental perceber o grande avanço na legislação penal, decorrente da inovação da Lei nº 12.015/2009 onde fica especificado a figura do vulnerável. No artigo 217-A do Código Penal define que são os menores de quatorzes, os enfermos ou doentes mentais e qualquer pessoa que não tenha o devido discernimento do ato ou não consiga oferecer resistência. Nestes casos a lei veio para garantir a dignidade sexual destas pessoas.

Diante disso, com a transformação cultural, houve inúmeras concepções jurídicas que foram extintas e outras que surgiram. Desse modo, vale mencionar a Lei nº 2848/1940 que tratava dos crimes contra os costumes, nessa época a

ofendida era apenas a mulher menor de quatorze anos. Havia uma lacuna na legislação pela falta de contemplar o público infantojuvenil, já que estes são titulares de direitos desde o nascimento.

No contexto social brasileiro, pode ser observado o crescente índice dos casos de estupro de vulnerável. Estas situações acontecem na maioria das vezes no ambiente intrafamiliar, pois o agressor aproveita do estado emocional das vítimas. Com isso, por terem vínculo de proximidade, conseguem ter acesso fácil à rotina destas, e geralmente exploram de crianças e adolescentes quando há o distanciamento dos pais ou responsáveis.

O ordenamento jurídico é essencial para estabelecer parâmetros com a finalidade de nortear a conduta humana. Efetivamente a legislação brasileira, deve acompanhar os avanços sociais e culturais existentes em cada época. O papel do legislador é o de estar antenado para evoluir sua concepção acerca de determinada matéria, seja para editar a norma ou reformular ou descriminalizar algumas condutas ultrapassadas ao se comparar com a atualidade.

Neste sentido, o primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo é sobre a conceituação do crime de estupro de vulnerável e o seu contexto histórico. Abrange também os principais avanços que ocorreram dentro desta temática na legislação penal brasileira. Consequentemente, o bem jurídico tutelado, que é a preservação da identidade física do menor, e com isto assegurar seu crescimento para que quando atingir plena capacidade possa escolher o momento adequado para realizar atos de natureza sexual.

No segundo capítulo, será abordado, os princípios fundamentais consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), logo também a definição de vulnerável. E a distinção de vulnerabilidade absoluta e relativa, assim o entendimento jurisprudencial sustenta a tese que o menor de quatorze anos é absolutamente vulnerável. Mesmo diante de seu consentimento ou se a mesma tiver outras experiências, vale dizer que qualquer hipótese será enquadrado como estupro de vulnerável, pois nesta idade ainda não adquiriu a mentalidade para concordar com tais atos.

Sucessivamente, no terceiro capítulo será analisado as condutas típicas do tipo penal, que são elas, conjunção carnal e ato libidinoso. Na mesma linha a definição dos sujeitos da relação processual, e a apreciação da Lei nº 13.431/2017, que permite as vítimas vulneráveis serem ouvidas pelo magistrado, de forma com que estas não sejam revitimizadas ao ingressarem em um Fórum para depor. A legislação abrange esta inovação para assegurar a dignidade e a simplificação procedimental, de tal forma que todos os serventuários da Justiça sejam hábeis para desempenhar esta tarefa.

CAPÍTULO I – ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O estupro de vulnerável é todo ato sexual ou libidinoso praticado em desfavor dos menores de 14 anos e contra aqueles que não conseguem exprimir suas vontades com o discernimento necessário para a prática destes atos. Neste primeiro capítulo será abordado sobre os principais pontos do tipo penal, com destaque no conceito e contexto histórico, além disso, analisar os avanços na legislação penal brasileira.

1.1 Conceito e contexto histórico

Primordialmente, vale destacar o título VI, do capítulo II, do Código Penal, visto que, tem a definição legal dos crimes sexuais contra vulnerável, e teve início no dia 07 de agosto de 2009, com o acréscimo da Lei nº 12015, de modo que trouxe também a designação do artigo 217- A, assim sendo, definido como estupro de vulnerável. O tema em destaque contém uma base protetiva e defensora da dignidade sexual, com relevância nos chamados vulneráveis (BRASIL, 2009).

Nesse assunto amplia-se o entendimento sobre o teor do referido artigo, que dá ênfase à prática de: “conjunção carnal e ato libidinoso” com menor de 14 anos, engloba também os que por algum tipo de deficiência mental ou enfermidade não ofereça resistência necessária contra o ato. Neste contexto, enquadra os que são considerados incapazes e não possuem o absoluto discernimento proveniente da capacidade de consentir com as práticas descritas, em virtude de não terem a sensatez exigível para pronunciarem em desfavor de determinada matéria. Visto que é necessário ter maturidade para fazer escolhas relacionadas a esta questão.

Nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete (2015, p. 429), fica evidente a incapacidade da vítima, em virtude desse fato manifestar-se e opor à prática, por falta de discernimento e firmeza para evitar esta desastrosa ação, pode ser resultante de uma imobilidade momentânea ou perdurável:

Em termos genéricos, a impossibilidade da vítima de resistir à prática dos atos sexuais pode decorrer de uma incapacidade de entendimento e autodeterminação, que se refere à compreensão e vontade conscientes, ou de uma incapacidade de externar o seu dissenso por meio de ações concretas de oposição à conduta do agente. Porque a lei não distingue, essa impossibilidade de resistência pode resultar de uma condição permanente ou duradoura preexistente ou ser eventual e transitória, desde que existentes no momento do crime.

Especificadamente para que haja a tipificação da conduta delituosa, não importa se o menor de 14 anos manifestou positivamente favorável ao ato, “convém frisar que a caracterização do delito é independente de consentimento ou experiência sexual anterior da vítima, bem como da existência de relacionamento amoroso com o agente” (PRADO, 2018, p. 475).

Sendo assim, conjunção carnal são os atos onde há penetração do órgão masculino no feminino, com isso, a lei trouxe a inovação que nesse caso a mulher também pode ser sujeito ativo. Por outro lado os atos libidinosos têm por finalidade à satisfação do ego sexual, pode ser praticado de diversas maneiras, como por exemplo, através de toques, carícias, prática sexual oral e anal. Para que caracterize está conduta não é necessário que exista contato físico, pois a vítima pode ser coagida por meio de uma pessoa que utiliza grave ameaça, para força-la psicologicamente a satisfação de um desejo sexual. Tanto o sujeito ativo, como passivo pode ser qualquer pessoa.

Para maior clareza, vale ressaltar o pensamento de Guilherme de Souza Nucci (2015, p 862), que analisa bem a diferença entre conjunção carnal e ato libidinoso, e decifra as práticas tipificadas nesta modalidade de crime:

Ter (conseguir, alcançar) conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou praticar (realizar, executar) outro ato libidinoso (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos, com enfermo (doente) ou deficiente (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não possua o necessário (indispensável)

discernimento (capacidade de distinguir e conhecer o que se passa, critério, juízo) para a prática do ato, bem como alguém que, por outra causa (motivo, razão) não possa oferecer resistência (força de oposição contra algo).

Este tipo penal, com o passar dos anos trouxe inúmeras revisões em seu contexto existencial, que contribuíram com a modernização, e assim sendo verificado que por força das evoluções, é necessário que haja também mudanças benéficas na legislação. Pois a Lei existe para limitar e enquadrar o comportamento adequado a todos. Buscar socorrer aqueles que carecem de atenção, por muitas das vezes não conseguirem defender os seus direitos adquiridos desde o nascimento com vida.

Dessa maneira, a Constituição Federal do Brasil, elenca princípios e garantias fundamentais, que abrangem todo ser humano, e tem como finalidade, proporcionar uma vida digna a todos. A legislação brasileira tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, o resultado disso é visível ao permitir que cada pessoa de maneira igualitária e autônoma possa desfrutar de uma vida honrosa perante a sociedade. À medida que, permita cada cidadão executar seus deveres sociais, e com isto, tenham como garantia o apoio estatal para possibilitar o cumprimento dos direitos intrínsecos e com isso ter uma sociedade mais justa e harmoniosa.

Os crimes contra a liberdade sexual fere a visão autônoma de respeito, garantida no texto constitucional, pois violam uma garantia prevista no ordenamento jurídico brasileiro. O tipo penal requer rigor em seu modelo punitivo, pois o princípio da dignidade sexual é um direito fundamental, todo e qualquer ser humano merece ter sua honra preservada, e é digno de total proteção estatal, para assim exprimir seus desejos sexuais sobre o consentimento individualizado, sem ser abordado de maneira violenta ou agressiva, e por meio disso provocar inúmeros transtornos emocionais nas vítimas.

Pode-se observar que os vulneráveis não estão desprovidos de defesa, o Estado, a legislação penal brasileira reservou um espaço especial para estes, pois é notável que por falta do devido juízo não sejam capazes de professar qualquer autorização para a prática do ato sexual ou libidinoso. O entendimento de Júlio

Fabbrini Mirabete (2015, p. 426) confirma total amparo aos expostos com o intuito de preservação “aos aspectos da dignidade sexual, o sadio desenvolvimento e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoas que a lei considera mais vulneráveis ao abuso sexual”.

Ante o pontuado, entende-se que estupro de vulnerável é configurado, quando a prática for contra menor de 14 anos mesmo que este tenha concordado com o ato, ou se já teve outras experiências resultantes de uma vida sexual ativa. Mesmo que se uma jovem for sexualmente experimentada, ou envolvida com prostituição, percebe-se que, com isso, teve um amadurecimento precoce, e tem total capacidade de compreender o ato, diante disso, também é considerada vulnerável, pois o que a lei protege é a situação de fragilidade ou perigo, fraqueza social, fisiológica, cultural, entre outros (CAPEZ, 2015).

Por força do exposto, houve grande avanço na tipificação penal, as quais contribuíram com medidas inteiramente voltadas para punição dos sujeitos que infringem o padrão de normalidade moral, e abusam dos tratados como vulneráveis e com essa finalidade tentam satisfazer suas vontades sexuais, com ênfase ao egocentrismo, sem poupar os incapazes de manifestarem seu livre consento sobre determinados assuntos.

1.2 Avanços na legislação penal brasileira

Ao longo dos anos houve consideráveis mudanças do tipo penal, assim as leis alcançaram uma nova esfera no cotidiano jurídico brasileiro. A inovação originada tem como principal objetivo a proteção da dignidade humana, com o escopo na liberdade. Com isso, é permitido a todo ser humano fazer escolhas relacionadas ao conteúdo sexual, e ser respeitado ao fazer estas. Neste sentido, Damásio de Jesus (2015, p.123), esclarece que “a lei penal protege a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais. É o direito de dispor do próprio corpo, de praticar livremente atos desta natureza”. Por força destas reformulações na legislação penal brasileira, é necessário abordar as importantes contribuições ao contexto penal brasileiro.

1.2.1 Lei 2848/1940

No Código Penal de 1940 não havia nenhum tipo de previsão sobre o crime de estupro de vulnerável, caso houvesse alguma conduta sexual com vítima menor de quatorze anos, incorreria no crime de estupro e atentado violento ao pudor, tal prática era cumulada com o mencionado artigo 213, cominado com artigo 224 do Código Penal, que tratava do fato de constranger mulher com emprego de violência ou grave ameaça, a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso (BRASIL, 1940).

Em relação ao menor de quatorze anos haveria neste caso presunção de violência, por esta ser incapaz de decidir, resistir ou consentir com atos desta natureza, a própria conduta de abordar uma menor para induzi-la a praticar o ato já traz consigo o aspecto violador, e com isso a influência produzia um efeito negativo, e às vezes um consentimento prematuro, errôneo, sendo notável que a maturidade não estaria completa para tal consenso.

Neste período a visão do legislador era a de preservação da honra da mulher, seguida de um modelo ético, baseado nos bons costumes sociais. Era denominado “DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES”, presente no Título VI, Parte Especial da Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940. Neste período quando se tratava deste assunto, somente poderia ser sujeito passivo, à mulher, e sujeito ativo, era unicamente o homem, que contemplava assim a conjunção carnal (BRASIL, 1940).

Em que pese à mentalidade dominante tinha como parâmetro elementos intrínsecos a moral individualiza e com isso os costumes eram ensinados e passados por gerações, e assim também o respeito e as normas de bons costumes fazia parte das civilizações passadas. Todas as atividades diárias deveriam visar poupar a convivência social. Por meio disso é perceptível que a sociedade daquela época é totalmente diferente dos tempos atuais, o ser humano passou a ter outras visões concernentes a moral, de tal maneira que fique evidente a mudança na mentalidade demonstrada com o avanço dos anos.

A legislação adotada na época restringia a prática do estupro apenas ao homem, por isso era classificado como crime próprio, e a mulher podia figurar como

coautora do ilícito. Nesse sentido, sua consumação acontecia apenas quando havia conjunção carnal, por isso sua forma era vinculada. Sendo notável a relevância das reformas ocorridas em todos os percursos sociais, inclusive na norma penal brasileira, que de forma determinada tem acrescentado temas de grande relevância.

Vale destacar o conteúdo especialmente realizado no ano de 2009, que evolui de inúmeras maneiras para elencar no texto penal, princípios basilares, com o intuito de preservação da liberdade sexual, a saber, dos vulneráveis. Consoante a Lei nº 12015/2009, que traz especial destaque ao seu texto, quando se trata dos vulneráveis, por isso dedicar-se-á um tópico específico para analisar a abrangência dos principais pontos acrescentados a ela (BRASIL, 2009).

1.2.2 Lei nº 12015/2009

Primeiramente, cabe expressar que a mudança foi notória no aspecto do referido tipo penal, a inovação que a Lei nº 12015 de 07 de agosto de 2009, abrangeu desde a terminologia, que passou a ser “Dos crimes contra a dignidade sexual”, elencada no Título VI, do Código Penal como também a relevância do bem jurídico tutelado. A mentalidade do legislador fica cativa ao princípio da dignidade humana, que ao elaborar tal preceito teve o objetivo de proporcionar a liberdade sexual a todas as pessoas, de maneira digna, e respeitada, e por meio disso permitir o consentimento exteriorizar-se sem ferir a individualidade de cada pessoa (BRASIL, 2009).

A supracitada lei deu origem ao tipo autônomo denominado como estupro de vulnerável, fixado no artigo 217-A do Código Penal, e descreve acerca da prática da conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de quatorze anos. Neste artigo, o legislador deixa evidente o conceito de vulnerabilidade no ordenamento jurídico, além dos menores, são citados aqueles que por não possuírem o devido discernimento não conseguem oferecer a necessária resistência em oposição à prática.

Nesse sentido, cumpre ressaltar, as inovações referentes aos sujeitos do delito, pode-se figurar no polo ativo qualquer pessoa, desde que seja maior de

dezoito anos e no passivo exclusivamente os menores de quatorze anos, do sexo feminino ou masculino ou aqueles que se enquadram como vulnerável, pode ser pessoa enferma ou deficiente mental, ou quando a vítima se encontre em determinada situação que não consiga se opor a prática dos atos (PRADO, 2018).

A postura adotada pelo legislador é no aspecto de resguardar o desenvolvimento sexual, para o momento em que a pessoa tenha ciência da prática, sem ser forçada. A Constituição Federal estabelece em seu texto princípios fundamentais, destaque-se que todo ser humano é dotado de liberdade, para exprimir suas vontades, e fazer escolhas baseadas na consciência peculiar individualizada e assim ter como garantia a dignidade sexual (BRASIL, 1988).

No tocante ao estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, do Código Penal, admite ressaltar os §§ 3º e 4º, onde se presumem as qualificadoras do delito, entretanto pode ter como resultado lesão corporal grave ou morte. Pois além de ferir a intimidade, a dignidade sexual humana, estes atos descritos na legislação penal, quando empregados produzem traumas psicológicos e lesões graves, e com isso pode ocorrer até a morte em casos extremos (BRASIL, 2009).

Além dos menores de 14 anos, a inovação que a lei assegura abrange também os doentes mentais, os enfermos e também aqueles que por outros motivos não sejam habilitados para manifestarem sua opinião, Júlio Fabbrini Mirabete (2015), manifesta seu ponto de vista, alegando que no caso da pessoa enferma ou deficiente mental deve ser examinada no caso concreto, por meio de perícia psiquiátrica, para identificar o motivo da ausência do discernimento necessário para consentir na prática do ato, o objetivo do exame não é apenas verificar o grau da doença ou deficiência mental, mas também verificar como esta afeta o nível de compreensão da vítima, com relação ao ato sexual praticado.

Dentre as referidas mudanças, ao analisar esta Lei, percebe-se que a dignidade da pessoa humana, tem seu papel de destaque nesta norma. Pois abrange uma etimologia pautada em um elemento constitucional fundamentado da base de uma pessoa. A Constituição Federal firma o entendimento em inúmeros artigos, em destaque ao artigo 227, que descreve o dever da família, da sociedade, e do Estado, em nível de prioridade assegurar o bem e estar e um desenvolvimento

saudável, por meio de medidas protetivas, aos menores, intitulados como vulneráveis (BRASIL, 1988).

Assim sendo, após evolução, a sociedade esta em constante atualização, e claro, o legislador com o intuito de restringir a pratica desde crime, atualiza seu conceito, e acrescenta novas metodologias para coibir, os criminosos. Hoje a civilização está na era tecnológica, fácil acesso a estes mecanismos, vez que a coação dos menores pode-se dar desta maneira. Os criminosos alargaram seu nível de ataque, vez que a Legislação precisa ter o contra-ataque e cercar com medidas protetivas, e meios severos de fiscalização e punição contra os abusos sexuais, que ocorrem também na esfera virtual. Com este feito, surge a atual Lei nº 13718/2018, que traz reformulações nos crimes contra a dignidade sexual. Vez que o legislador se desperta para os ataques que ocorrem com grande frequência, e violam a integridade das vítimas.

1.2.3 Lei nº 13718/2018

Sob este prisma, com a reformulação realizada em 24 de setembro de 2018, com o advento da Lei nº 13718, na qual estabelece variadas alterações na esfera dos crimes contra a dignidade sexual e também na sua forma de processamento. Em que pese contemplar a inovação, inserida no artigo 215-A, do Código Penal, que identificada como importunação sexual, refere-se à prática de ato libidinoso, sem anuência da vitima, para satisfação da lascívia do agressor ou de terceiro, e também foi incluída a norma penal o artigo 218-C, que aduz sobre a divulgação de cena de estupro de qualquer natureza, cenas de sexo ou pornografia (BRASIL, 2018).

O outro ponto da atualização da Lei é relacionado com o artigo 217-A, que é incluído o § 5º, ao Código Penal que dá ênfase que o crime de estupro de vulnerável, e para efeito da consumação se faz necessário afirmar que independe de consentimento ou experiência da vítima. Pois para que haja o amadurecimento é assegurado esta proteção, com isso resguarda-se o ideal desenvolvimento de sua personalidade para assim então ser admitido, fazer as escolhas cabíveis quando atingida a maturidade (BRASIL, 2018).

Ainda com relação à natureza jurídica da importunação sexual, muito se discutia sobre o assunto, pois o sistema penal carecia de uma temática que abrangesse sobre o assunto, quando determinadas práticas, eram apreciadas como contravenção penal, e diante disso, a pena aplicada era apenas multa, e assim se resolvia; outras vezes tal prática era reconhecida como estupro. Para isso veio esta tipificação para ter sua própria autonomia, e assim facilitar o enquadramento no referido tema. Vale reconhecer, que com a revolução deste tipo penal, salienta-se por ser subsidiário, pois para sua aplicação deve ser comprovada, a maneira como seu deu a prática, com atenção se o fato deve ser processado como crime mais grave.

Verifica-se que, a legislação teve uma grande abrangência com o advento da lei, em destaque, especificamente as mulheres, crianças, adolescentes que também podem ser definidos como vulneráveis, os deficientes mentais, os enfermos. A aplicação de penalidades mais severas foi adotada nesta alteração, e também foi agravada as sanções dos crimes contra dos menores, e assim, se torna a ação penal publica incondicionada.

Com o passar dos anos, a sociedade atinge elevados índices de atos praticados que violam princípio da dignidade sexual, sendo essencial seu texto no ordenamento jurídico. Havia um lapso na lei, e verifica-se pela falta de um tema específico para crimes que não tinha emprego de violência ou grave ameaça, neste caso hipotético, era aplicado o artigo 61, da Lei das Contravenções Penais, que tratava da importunação ofensiva ao pudor, e não tinha características suficientes para tal caracterização (BRASIL, 1941).

Antes da atualização da norma penal, a temática abordada era a tipificada no artigo 213 do Código Penal, que se refere ao estupro, juntamente com o artigo 215 que tipifica violação sexual mediante fraude, e também importunação ofensiva ao pudor, outrora prevista na Lei de contravenção penal, no artigo 61. A lacuna foi preenchida através da melhoria traga com o artigo 215-A, por meio disto fica evidenciado o nível de punibilidade resultante da ofensa, e descaracteriza assim a aplicação do artigo 213, sendo notável que para identificar o estupro é necessário que haja ato sexual ou libidinoso, e também o emprego de violência ou grave ameaça.

Notável é o entendimento do legislador ao elaborar o § 5 do artigo 217- A, as sanções fixadas no tipo penal, devem ser consideradas, com o intuito protecionista, fica estabelecido que para a configuração do crime, não é levado em consideração o consentimento da vítima, ou suas experiências na vida sexual. Para ser enquadrado no tipo penal, basta apenas a efetivação dessas práticas com menores de 14 anos ou com os que se enquadram no contexto como vulneráveis. Sendo assim, independentemente de posterior consenso da vítima vulnerabilizada, o fato será é denominado como estupro de vulnerável (BRASIL, 2018).

A proposta apresentada com a mudança, também foi consolidada sobre o prisma da proteção aos vulneráveis, e tem o intuito de amenizar feridas provocadas com as práticas deliberadas fora do contexto social adequado. Para tanto, não é considerado se a vítima menor de quatorze anos já teve outras práticas sexuais anteriormente ao crime, sendo o efeito designado ao transgressor o definido no tipo penal, e assim também afastada a possibilidade de consento da vítima.

Consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (2017), na Súmula nº 593, assegura sobre estupro de vulnerável e afirmar-se que o crime é efetivado independente da autorização da vítima. Portando, fica firmado que perante a visão jurisprudencial, que de nada vale o consentimento da vítima absolutamente incapaz, não é pautado sobre o prisma do menor já ser experiente na vida sexual, ou se tenha algum tipo de envolvimento amoroso com o agente, a norma penal brasileira consolida que a conduta é enquadrada como estupro de vulnerável.

Com o intuito de unificar o entendimento sobre o assunto, os tribunais pacificaram tal definição, mediante isso, discorre o seguinte julgado:

[...] 1. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito. [...] (AgRg no REsp 1363531 MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014)

Vale destacar outro ponto de bastante contribuição para legislação penal brasileira, o que trata da divulgação de cenas de sexo, de pornografia, estupro e suas modalidades. Com o mundo virtual com grande alavancar mundial, têm sido crescentes os índices de divulgação de imagens, vídeos nas redes sociais. As vítimas são guiadas pela empolgação do momento, e permitem serem filmadas ou fotografadas ou até mesmo enviam fotos despidas pra alguém considerado confiável. E confiam que será mantida sobre sigilo, e acabam sendo surpreendidas pela má-fé, tendo sua intimidade violada de maneira desastrosa. Inúmeras vítimas têm sido alcançadas com essa deslealdade, até famosos, podem ter sua intimidade exibida virtualmente, ocorre também o fato de estuprodivulgar á pratica resistida na internet, e com isso atingir a dignidade sexual em seu grau máximo.

Foi inclusa na legislação penal brasileira, a Lei nº 12737/2012, que acrescentou ao código penal o artigo 154-A, com intuito de penalizar os atos de invasão a aparelhos tecnológicos pessoais. Conhecida popularmente, como Lei Carolina Dieckmann, após a atriz ter sido alvo da invasão do seu computador e posteriormente a divulgação de fotos que demonstravam sua intimidade. Nesta hipótese a referida lei, apresentou-se insuficiente, pois era aplicada a punição quanto à invasão do aparelho eletrônico, e não se punia com relação à violação da intimidade (BRASIL, 2012).

A Lei nº 13718/2018 foi clara ao incluir esta prática, e supre-se a falha outrora apresentada no ordenamento jurídico, com o acréscimo do artigo 218-C, foi benéfico, pois, veio com o propósito de punir as pessoas que divulgam cenas de sexo, de nudez, pornografia, sem a autorização da vítima, como também cenas de prática de estupro e estupro de vulnerável. Com isso é alcançada a finalidade da lei penal, que é a de promover a proteção, a liberdade e dignidade sexual.

A prática deste delito se dá de diversas maneiras, destaca-se que a publicação pode acontecer por qualquer meio que possibilite a divulgação de imagens ou vídeos e demais registros audiovisuais, e viabilize a transmissão nas redes sociais. No caso de divulgação de cenas de estupro ou estupro de vulnerável, é perceptível a violência sexual, pois além de ser constrangida pela prática forçada do ato, tem sua imagem disponibilizada nas redes virtuais. Os vulneráveis aqui são

apenas os deficientes mentais, enfermos e também aqueles que por outros motivos não conseguem exprimir oposição ao ato. Ao se referir aos menores de quatorze anos a aplicação é do artigo 241 e 241-A do ECA, que consiste no ato de expor á venda ou divulgar fotografia, vídeos ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfico (BRASIL, 2008).

1.3 Bem jurídico tutelado

Inicialmente, o principal objetivo da tutela penal é o da preservação da identidade física do menor de 14 anos, com base na dignidade sexual deste. Além disso, deve ser resguardado o desenvolvimento dos menores, para que por meio disto seja permitido que ele alcance a vida adulta sem traumas ou sequelas oriundas de uma vida, destruída ao ser violentado.

Um dos pontos cruciais deste tema, é assegurar a dignidade sexual, e para este fim atender sempre a integridade plena dos vulneráveis, por estes não terem a devida noção relacionada à prática sexual. Os menores de idade devem ser respeitados em sua totalidade, para garantir que alcancem a fase adulta e somente assim possam fazer as escolhas convenientes a este caso.

Sobre este prisma, Cezar Roberto Bitencourt (2018), afirma que o menor deve ter assegurada sua evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, a fim de que na fase adulta, possa decidir conscientemente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual; para somente assim ter serenidade e base para fazer escolhas, sobre sua opção sexual.

O legislador destaca no artigo 217- A, no § 1º do CP, que os enfermos e deficientes mentais, também carecem desta proteção, para este feito deve ter sua dignidade resguardada, está é a previsão da Carta Magna, que traz em seu texto, direitos essenciais. Todos os que se enquadram como pessoas vulneráveis merecem total respeito, para que somente quando adquirem a devida maturidade, possam discernir e consentir com atos sexuais (BRASIL, 2009).

Consequentemente, o bem jurídico tutelado, quando se fala de vulnerável, é do desenvolvimento ideal, adquirido com o amadurecimento, à vista disto, a

liberdade e também a dignidade sexual para decidir sobre o que quiser. Com isso, deve ser observada a capacidade absoluta ou relativa para fazer escolhas sobre determinadas matérias.

CAPÍTULO II - VULNERABILIDADE ABSOLUTA E RELATIVA

A tutela penal aborda critérios específicos para denominar a definição de vulnerabilidade, e enquadra os menores de 14 anos, os enfermos e os deficientes mentais, logo que, por falta da capacidade exigida para resistir aos atos de determinada matéria. Assim sendo, neste capítulo, serão analisados os princípios fundamentais destinados às crianças e adolescentes e, por conseguinte o conceito de vulnerabilidade e os atos sexuais praticados por menores, como também as condutas típicas do estupro de vulnerável.

2.1 Princípios fundamentais

O princípio da dignidade da pessoa humana é definido como base essencial da Constituição Federal de 1988. O Estado passa a nortear sua visão especificamente com enfoque no ser humano, com isso atribui valores especiais, e se consolida sob a esfera protetiva das crianças e adolescentes. Este princípio é eleito para assegurar o eficaz desenvolvimento dos menores, a fim de proporcionar uma vida digna a todos. O Estatuto da Criança e do Adolescente tem o intuito de exercer o devido posicionamento em relação aos princípios individuais e as garantias fundamentais dos menores, e determinar o ideal nível protetivo destes.

Conforme o disposto no artigo 227, da Constituição Federal, as crianças e os adolescentes devem ser absolutamente priorizados, assim como, valorizados e com seus direitos fundamentais plenamente respeitados e cumpridos. Esse é o papel da família, da sociedade e do Estado, amparar e edificar uma sólida barreira com a finalidade de proporcionar segurança, um desenvolvimento digno, e resguarda-los de toda espécie de exploração, crueldade e violência (BRASIL, 1988).

Diante da mesma concepção Renata Giovanoni Di Mauro (2017, p. 34), na qual expressa com clareza às atribuições intrínsecas para serem executadas por todo ser humano:

Logo, o art. 227 estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, uma série de direitos fundamentais inerentes à condição humana e uma existência digna, além de colocá-los salvo de toda sorte de lesões aos seus direitos.

Além do texto constitucional, a Lei nº 8.069 de 1990, em seu artigo 4º também faz menção ao princípio da prioridade absoluta, com isso fica evidente a relevância e o nível prioritário que deve ser reservado aos menores, por ser notável seu destaque na legislação brasileira. De modo que vem reforçar o grau de aplicabilidade de todos os princípios designados para realçar o contexto jurídico, e com isso proporcionar a garantia de prioridade dos vulneráveis (BRASIL, 1990).

Evidentemente o legislador, salienta sobre os direitos fundamentais, e eleva sua execução para nível preferencial. E assim visa atender a necessidade básica individual e com isso permitir que se alcance a vida adulta, e os menores tenham convicção da funcionalidade de todas habilidades individuais, para que somente assim possam compactuar com atos de natureza sexual. Sendo assim, o papel do Estado é o de priorizar os menores e evitar que seus direitos sejam violados.

Semelhantemente é a interpretação de Murillo José Digiácomo (2011, p.19), o qual alega que “ao administrador público, em suas metas e ações não tem outra alternativa além de priorizar de forma absoluta a área infantojuvenil.” Mediante esse temática, fica reforçado que o Poder Público deve ter o primeiro lugar na escala de prioridades reservado a esta finalidade de atender este público.

Sob o mesmo ponto de vista cabe destacar o princípio da proteção integral, que vem contribuir para o fortalecimento da mentalidade protetiva, cabe referir que a obrigação é de todos, assegurar o cumprimento dos princípios fixados na Lei. De tal modo que a sociedade seja ativa e não permita o aumento nos índices do crime de estupro de vulnerável e com isso trabalhem em conjunto para coibir à prática deste ilícito, que tem assolado a vida de muitos.

Para isso é de extrema importância à participação da família como base essencial, outro princípio atribuído é o da convivência familiar, pois é sabido que em um ambiente saudável a maturidade é acrescida sempre, neste quesito se desenvolve a base moral e, por conseguinte a ética. O Estado também deve contribuir de modo extraordinário, com medidas punitivas severas a fim de evitar a prática dos atos sexuais em desfavor dos menores, assim como a sociedade em geral possui sua parcela de contribuição, com propósito de evitar situações de violência e maus tratos, é visível que, para haver eficácia na aplicação da norma jurídica todos devem assumir os papéis que tanto cooperam para o avanço social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA proclamado em 13 de julho de 1990 em seu artigo 7º, trata detalhadamente dos direitos fundamentais. Dentre os quais se destaca o direito a proteção à vida, e à saúde, e também medidas que assegurem o desenvolvimento sadio e harmonioso, dentre inúmeras garantias estabelecidas na Lei nas quais devem ser o foco principal do Estado, a fim de atender os menores e promover o desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

Semelhantemente é o modo de pensar da Renata Giovanoni Di Mauro (2017, p. 50), que discorre sobre outro ponto de grande relevância que é o “princípio da liberdade descrito como faculdade que os indivíduos possuem de agir de acordo com seus anseios, sem limitações, pelo fato do Estado Democrático de Direito”. A Lei é o parâmetro para atuação e restrição de todo cidadão, as ações humanas e o comportamento devem ser norteados no respeito à coletividade.

As leis são de extrema funcionalidade no âmbito jurídico, todas as esferas da sociedade devem ter seus direitos e garantias fundamentais respeitadas, com isso identifica o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. E assim vale conectar com a Constituição Federal, que é explícita em afirmar que todos são iguais em suas prerrogativas e obrigações, para isto deve ser respeitado à individualidade de cada um.

Outro aspecto de suprema essencialidade é o ligado ao fato dos menores serem representados por um responsável, alguém que contribui para o desenvolvimento intelectual, moral, ético e físico. Deste modo é necessário pelo fato de precisarem de referencial, para serem guiados e amoldarem ao um estilo de vida,

que corresponde com o padrão de normalidade. Os responsáveis devem impor regras e educa-los da forma devida, para que somente assim venham desfrutar de resultados satisfatórios.

Diante da legitimidade dos princípios destacados, referente aos menores, que são identificados como vulneráveis, visto que estão em desenvolvimento, e não possui as funções típicas de um adulto, assim também como os doentes mentais e as pessoas que não possuem o devido discernimento. Deste modo a Norma Supralegal designa são sujeitos de direitos e deveres, mesmo diante da fragilidade, devem ser respeitados em sua individualidade, pois são dignos de uma vida social comum, independentemente de sua capacidade cognitiva, são pessoas que herdaram direitos desde o nascimento com vida.

Ainda se discute muito sobre os direitos dos doentes mentais, mas sabe-se que a norma constitucional, vem amparar a todos, com isso visa garantir o cumprimento de todos os princípios constitucionais designados a pessoa humana. Desde as normas básicas como também ao contexto específico, cumpre ressaltar que os elementos da dignidade da pessoa humana, são de cunho essencialista, é predomina em todos os regimentos.

2.2 Definição de vulnerável

A grande evidência originada por intermédio da Lei nº 12015/2009, traz a expressão vulnerável em seu contexto, no qual se enquadra a parte mais frágil, que não adequa ao padrão normal de discernimento. De tal modo que a Legislação Penal descreve a respeito dessas pessoas que são os menores de 14 anos, os deficientes mentais, ou enfermos que não possuem o devido senso para discernir sobre o conteúdo sexual.

Com o fim de esclarecer a etimologia da palavra é latim, que quer dizer *vulnerabilis*, este termo é aplicado para definir uma pessoa que é fragilizada e por consequência desse estado é incapaz de se defender, sendo alvo fácil de ataques, abusos e acontecimentos que contrariam ao modo de vida saudável e digna. Haja vista que se encontra em um nível de inferioridade, e por este fato é inapto para manifestar, tendo em vista a situação que é enquadrada.

Em contraste com o princípio da igualdade, expresso na Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, o qual identifica que “todos são iguais perante a lei”. Neste caso peculiar a parte demonstrada como a mais fraca é dever do estado garantir a plena proteção. Com isso a prioridade do Estado Democrático de Direito é preservar o cumprimento das normas específicas ao se tratar deste assunto. Esta também é concepção dos pactos e diplomas internacionais reconhecidos por sua universalidade (BRASIL, 1988).

Assim sendo, merece estimar a linha de pensamento do Valério de Oliveira Mazzuoli (2017, p.301), que destaca a visão denominada sobre este assunto, com intuito de prevenir que os direitos dos menores sejam violados e assim define que:

Liga-se, ainda, às inúmeras violações de direitos perpetradas contra crianças e adolescentes, dentre as quais citam-se: o abuso sexual (estupro, assédio sexual, etc); a pedofilia; a prostituição infantil; a exploração sexual infantojuvenil; o trabalho escravo; a violência física (lesões corporais e morte; a violência psicológica; a grave omissão quanto às necessidades básicas alimentares, de assistência à saúde e educação; etc.

Com o fim de evitar a proliferação da prática sexual com menor, a Lei Penal passou a utilizar a expressão vulnerável, para nomear os que não detêm aptidão física e psíquica para concernir com atos de natureza sexual. O artigo 217-A do Código Penal é taxativo ao atribuir este termo aos menores de 14 anos, e incorre na mesma tipificação os enfermos, deficiente mental como também aqueles que por razão diversa não consiga oferecer resistência (BRASIL, 2009).

Este tema também pode ser observado no texto do artigo 218-B do Código Penal, que evidencia a figura do menor de 18 anos, quanto à exploração sexual. Portanto, é importante sistematizar a norma estabelecida na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989), em seu artigo 1º, que classifica como criança os menores de 18 anos. Sob este feito prevalece o entendimento de que estes carecem da mesma proteção (BRASIL, 2009).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em conformidade com as normas existentes, distingue a diferença entre criança e adolescente em seu artigo

2°. Portanto “considera-se criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” Com essa visão é importante distinguir sobre a vulnerabilidade absoluta e relativa (BRASIL, 1990).

2.3 Vulnerabilidade absoluta e relativa

Inicialmente cabe distinguir presunção absoluta de vulnerabilidade, da presunção relativa. Para o autor Cezar Roberto Bitencourt (2018), em sua forma absoluta não existe margem para pré-questionamento, nem reconhece provas em sentido contrário, a vítima é considerada absolutamente vulnerável. Já no aspecto relativo, a pessoa ofendida tanto pode ser vulnerável como não, para isso é necessário comprovar e devido esse motivo é aceitável prova em sentido diverso.

De modo igualmente relevante, é necessário observar o alvo de inúmeros pré-questionamentos do artigo 217-A do Código Penal, que trata da vulnerabilidade absoluta e relativa. Em virtude de várias correntes doutrinárias, se faz necessário compreender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

[...]EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INOCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. 1. A mera reavaliação jurídica dos elementos de prova utilizados na apreciação dos fatos pelo magistrado de primeiro grau não implica reexame do acervo fático-probatório, porquanto meramente jurídica a questão de fundo. Precedentes. 2. “A jurisprudência desta Corte Suprema perfilha entendimento de ser absoluta a presunção de violência nos casos de crime de estupro praticado contra menor de catorze anos (estupro de vulnerável), independentemente da conduta ter sido praticada, antes ou depois, da vigência da Lei 12.015/2009” (ARE 940.701-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 12.4.2016); 3. Agravo regimental conhecido e não provido.[...] HC 130297 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/10/2018.

Sinteticamente a interpretação jurisprudencial sustenta sobre a vulnerabilidade absoluta, de tal modo que para caracterizar o crime de estupro de vulnerável basta apenas que seja praticado contra vítima menor de quatorze anos. Por este fato não é permitido que o culpado usufrua dos princípios constitucionais e

nem produza provas em sentido contrário, pois existe a obrigação absoluta para privação do ato.

É conveniente destacar a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça (2017), que reconhece como estupro de vulnerável a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos. Desta forma é descartada a hipótese de consentimento da vítima, ou sua experiência sexual anterior ou relacionamento amoroso com o agente. Neste prisma, o objetivo da doutrina é determinar a situação de vulnerabilidade que se encontra a ofendida e deixar claro que o critério da idade tem caráter absoluto.

Sob diferente viés, Guilherme de Souza Nucci (2015), reporta-se ao Estatuto da Criança e do Adolescente, para destacar a definição etária estabelecida na lei. De acordo com esta visão até 12 anos é considerada criança, e acima dessa idade é considerado adolescente. Sendo assim, a vulnerabilidade absoluta deveria ser apenas para as crianças, que são os menores de 12 anos, e relativa para vítimas que estiverem na fase da adolescência.

No que tange ao pensamento dos Tribunais que defende a ideia de vulnerabilidade absoluta, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 866), destaca seu ponto de vista referente este assunto:

Parece-nos que a preocupação dos magistrados seria avaliar a prática sexual envolvendo pessoas menores de 14 anos, desde que se permita a prova de discernimento, piorando a situação da prostituição infantojuvenil. Entendemos os bons propósitos dessa corrente, mas é preciso lembrar que nem todas as relações sexuais de adolescentes, mormente os que são maiores de anos de 12 anos e menores de 14, inserem-se no âmbito do sexo pago. Diante disso, pode-se atingir o exagero desproporcional e injusto de se punir um rapaz de 18 anos porque teve relacionamento sexual com sua namorada de 13 anos, dentro do mais absoluto consentimento, muitas das vezes, com as bênçãos da família. Seria o Estado se imiscuindo em demasia na vida íntima das pessoas e das famílias, sem um propósito razoável, pois não está verdadeiramente em jogo a dignidade sexual nessa hipótese.

Sobretudo, a vulnerabilidade relativa é fundamental examinar cada detalhe sobre o caso, e assim perceber se a conduta do agente houve dolo ou culpa. Neste caso é permitido provas em sentido diverso, ou seja, o réu pode se manifestar

contrário, com isso, todos os direitos constitucionais são garantidos, dentre eles, o princípio do contraditório, da ampla defesa. Logo, é de fundamental importância perceber que o aspecto relativo é designado aos menores de 18 anos, com intuito de restringir prática de prostituição ou exploração sexual.

2.4 Vítima menor de 14 anos desamparada

No que diz respeito à modernidade, é perceptível que tem se tornado comum à prática sexual precoce, isso devido as mudanças sofridas por cada geração. Por isso é necessário que a família, exerça seu papel para que somente assim possam gerar uma convicção através de informações e princípios éticos e morais que são ensinados. E conseqüentemente formar uma identidade sólida e assim possam atingir a maturidade e saibam fazer as escolhas devidas ao longo da vida.

Por conseguinte, cabe destacar a concepção do autor Cesar Roberto Bitencourt (2018, p. 112), que expõe a situação de menor desamparada socialmente:

No entanto, na nossa concepção, o fato de ser menor de quatorze anos, desamparada social, material e culturalmente, sem estrutura familiar, espécie de menor de rua mesmo, abandonada à própria sorte, não se pode negar que se trata de menor vulnerável (visto sob esta concepção mais ampla, sob uma concepção social), e, por conseguinte, merecedora inclusive de proteção penal. Por outro lado, tampouco se pode ignorar que a prática sexual com menor, nessas circunstâncias, também constitui uma forma de violência, no caso, sexual.

A essa linha de raciocínio, Cesar Roberto Bitencourt (2018), argumenta que deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, por se tratar de violência implícita. Ao se referir algo bastante grave, pois evidentemente a vítima foi coagida a praticar o ato sexual, e por meio dessa concepção deve ser adotada medida de punição mais severa porque a ofendida foi constrangida e em razão da situação de desamparo social, inevitavelmente resistiria.

Em decorrência de inúmeros questionamentos sobre a menor corrompida, ou experimentada, de fato deve ser protegida. Diante disso, deve ter resguardado todos os princípios e norma específica ao se tratar de vulnerável. O princípio da

dignidade da pessoa humana deve ser preservado, em especial aqueles que sofrem por não ter uma família estruturada, e às vezes vão às ruas para continuar lutar por sobrevivência. O Estado é o amparo para estas vítimas, que dependem totalmente de orientação e proteção integral e prioridade absoluta.

CAPÍTULO III- TRATAMENTO LEGAL E OS VULNERÁVEIS

Esse capítulo trata das condutas típicas do tipo penal incriminador, assim como os sujeitos da relação processual e os preceitos referentes à revitimização do menor, causado pelo procedimento padrão adotado pelo Poder Judiciário. Com isso, vale identificar as políticas defensivas e preventivas por parte do Estado e o papel do Conselho Tutelar, órgão de extrema função social que abrange exclusivamente às crianças e adolescentes.

3.1 Das condutas típicas

Acerca dessa lógica convém destacar que é punível a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso contra pessoa vulnerável. O intuito preponderante do legislador é de demonstrar o princípio da proteção sexual integral e com isso observar a condição de vulnerabilidade da vítima, pois a dignidade sexual destes deve ser preservada em sua totalidade. Então é necessário compreender as práticas que consubstanciam o tipo penal.

Para isto é válido relacionar o entendimento de Renato Marcão (2015, p.201), que expõe sobre as duas condutas incriminadoras previstas na Lei Penal que é a prática de conjunção carnal e ato libidinoso:

Conjunção carnal é a relação sexual caracterizada pela introdução do pênis na vagina, dispensando-se penetração completa ou ejaculação; ato libidinoso é qualquer prática diversa, tendente a excitar ou satisfazer a libido humana, podendo ser assim também entendido aquele ato, objetivamente identificável com uma prática libidinosa mas destinado a menosprezar ou humilhar a vítima.

Similarmente, é o pensamento do autor Fernando Capez (2015) ao discorrer sobre ato libidinoso, como formas diversas de execução do ato sexual.

Considerado como coitos anormais, à exemplo, a cópula oral, anal. Portanto, para caracterizar este delito não se exige emprego de violência ou grave ameaça ou fraude, basta apenas a prática de atos sexuais com pessoa considerada vulnerável.

Contudo, se o sujeito ativo empregar violência ou grave ameaça ou fraude com intuito de constranger uma pessoa vulnerável para prática de ato sexual ou libidinoso, continua sendo enquadrado como estupro de vulnerável. Mediante a concepção jurídica de Júlio Fabbrini Mirabete (2015), a punição deverá ser mais severa, pois o tipo penal abrange os artigos 213 (estupro) e 215 (violação sexual mediante fraude), do Código Penal. Quando há este meio de coação da vítima, é uma circunstância que deve ser bem observada pelo juiz ao fixar a pena, caso a conduta decorra de lesão grave ou morte, o crime será qualificado (BRASIL, 2009).

Muito se discute no contexto doutrinário sobre o artigo 217-A, compreendido como tipo misto alternativo ou cumulativo. Sob esta ótica Júlio Fabbrini Mirabete (2015, p 428), “entende ser do tipo misto cumulativo ou alternativo, punindo-se num único artigo condutas distintas, a de ter conjunção carnal e a de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável.” Quando ocorrer a prática de uma conduta, será enquadrada como estupro de vulnerável, se acontecer as ambas, será duas infrações.

Neste prisma, deve ser acentuado que a conjunção carnal pode ocorrer, quando há a introdução parcial do órgão masculino no feminino, sem romper a membrana himenal. Nos casos de hímen complacente conhecido por ser mais elástico, mesmo após a penetração permanece intacto por isso nos casos de estupro não deixa evidências e assim dificulta a comprovação do crime.

O entendimento jurisprudencial predominante do Tribunal de Justiça de Santa Catarina discorre que quando fica comprovado que a vítima possui este tipo hímen, a palavra da mesma possui grande relevância probatória, sendo assim é válido demonstrar este posicionamento:

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL) MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 226, I, DO CÓDIGO PENAL) PRATICADO POR AMBOS OS RÉUS POR TRÊS

VEZES, E DELITO DE COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CÓDIGO PENAL) PRATICADO POR UM DOS ACUSADOS, POR DUAS VEZES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DAS DEFESAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. - No crime de coação no curso do processo e também no delito contra a dignidade sexual (notadamente **quando se constata que a vítima possui hímen complacente**), **a palavra da vítima constitui relevante elemento probatório**, mormente quando confortadas com o restante das provas orais produzidas. Além disso, os fatos narrados pelos acusados não encontram qualquer amparo probatório e nem sequer apresentam qualquer logicidade. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000500-86.2017.8.24.0144, de Rio do Oeste, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Primeira Câmara Criminal, dj. 17-05-2018). (grifo do autor).

Diante do ato de ter conjunção carnal com menor de quatorze anos, admite-se ressaltar a perspectiva doutrinária do Doutor em Direito Penal Cezar Roberto Bittencourt (2018), que propõe a possibilidade do sujeito passivo do crime ser um menor do sexo masculino. Pois existe a probabilidade de uma mulher constranger um menino a praticar com ela conjunção carnal e assim ficar configurada a este delito.

Todavia, para consolidar o raciocínio se faz válido apreciar o conceito do ilustre professor e jurista Luiz Prado Regis (2018, p.475), referente às condutas típicas que enfatiza conjunção carnal como cópula vaginal, que é a introdução do pênis na cavidade vaginal. Para ele ato libidinoso é todo comportamento praticado que evidência a lascívia do sujeito ativo, vale citar alguns exemplos destes atos que são: “(casos de sexo oral ou lingual); coito anal, penetração *inter femora*; masturbação; toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima; contemplação lasciva; contatos voluptuosos, uso de instrumentos mecânicos ou artificiais.”

Portanto, as condutas listadas no artigo 217-A, de fato são taxativas, e com isso, se tais comportamentos forem práticos por adulto em desfavor de um menor de idade, será enquadrado neste delito. Por isso, o tipo penal é bastante expressivo ao estipular sobre os atos de modo geral que ferem a dignidade da criança e do adolescente, para somente assim, adotar medidas severas de punição. A Legislação Penal é autêntica ao firmar total desaprovação na relação sexual praticada com menor de quatorze anos. (BRASIL, 2009).

No que concerne as referidas condutas tipificadas, é importante sintetizar a ideia do Professor Doutor Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 117), que descreve os verbos referentes a “ter, (manter, praticar, copular) conjunção carnal com menor de quatorze anos.” Com relação aos atos libidinosos, neste aspecto a palavra “pratica refere-se (executa, realiza, exercita)”, independentemente do sexo da vítima, desde que não tenha capacidade para consentir com o ato.

A Lei Penal estabelece o padrão geral de conduta, relacionado ao estupro de vulnerável, pois isso o texto doutrinário é de suma importância para interpretação do contexto fático. A jurisprudência dominante estabelece critérios de análise específicos para aplicação da justiça e proteção prioritária aos vulneráveis, tem por objeto principal a busca da verdade real e aplicação de meios probatórios que permitem as vítimas maior deferência ao depoimento destas.

No que diz respeito ao crime de estupro de vulnerável, que geralmente ocorre longe da presença de testemunhas, sem deixar evidências por ser realizado de forma oculta, o depoimento da vítima possui grande relevância, desde que tenha harmonia e coesão com as demais provas produzidas. Destaca-se que os relatos devem ser coerentes e convincentes para que assim haja comprovação do delito.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A, CAPUT C/C ART. 226, INCISO II, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. AGENTE QUE SE APROVEITA DA CONDIÇÃO DE PAI, DA CONFIANÇA EM SI DEPOSITADA E DOS MOMENTOS EM QUE PERMANECIA SOZINHO COM A VÍTIMA PARA PRATICAR CONJUNÇÃO CARNAL E ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS (CARÍCIAS LASCIVAS E SEXO ORAL). ATOS SEXUAIS PERPETRADOS CONSTANTEMENTE AO LONGO DE 5 (CINCO) MESES, PERÍODO NO QUAL A OFENDIDA CONTAVA COM APENAS 12 (DOZE) ANOS DE IDADE. **PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE AO LONGO DE TODA A PERSECUÇÃO CRIMINAL, CORROBORADA PELAS DECLARAÇÕES DE SUA GENITORA, TESTEMUNHAS E PSICÓLOGAS, BEM COMO PELOS RELATÓRIOS TÉCNICOS. ADEMAIS, LAUDO PERICIAL QUE ATESTOU A RUPTURA HIMENAL. FARTO ELENCO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA.[...]** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0005795-94.2017.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 08-10-2019). (grifo do autor).

Logo, em relação ao julgado acima exposto, é importante ressaltar que o depoimento da vítima é ferramenta útil na busca da verdade e na aplicação da Justiça no âmbito criminal. Deste modo, é muito eficaz o meio probatório utilizado na persecução penal para buscar a responsabilização do ofensor. Uma vez que é uma oportunidade da ofendida expor todos os fatos de maneira que possa abranger por completo os acontecimentos e alcançar a condenação do acusado.

Em síntese, é necessário analisar o perfil dos sujeitos que compõem a esfera penal, e com isso se atentar para aqueles que o legislador denominou vulnerável. Portanto, se torna preciso apreciar os princípios gerais referente a vulnerabilidade, para somente assim traçar a proposta apresentada na legislação que abrange preceitos com que se enquadram os sujeitos passivos. A lei penal caracteriza como os menores de quatorze anos, doentes mentais e os que por alguém motivo não consegue resistir ao fato. Desse modo, se faz *jus* diferenciar cada um destes para ter um aspecto consolidado referente esta matéria.

3.2 Dos sujeitos

Inicialmente é cabível evidenciar que com o advento da lei nº 12015/2009 houve grande contribuição a este tema. E evidentemente esta definição jurídica passa ser mais fundamentada e assim estabelece parâmetros específicos. Pode ser observado que quando se refere ao sujeito ativo a legislação não traz nenhum critério específico logo se conclui que é crime comum.

Já em relação ao sujeito passivo do delito, a Legislação Penal, fixou critérios peculiares à categoria das pessoas vulneráveis. E se divide em categorias conforme é estabelecido na Lei 12015/ 2009 em seu artigo 217-A e § 1º na qual incluem os menores de quatorze anos de idade, a pessoa enferma ou deficiente mental, e aqueles que por qualquer outra causa não podem oferecer resistência (BRASIL, 2009).

Para maior clareza vale apontar o posicionamento da doutrina majoritária que entende que o sujeito ativo no crime de estupro de vulnerável, pode ser qualquer pessoa, tanto do sexo masculino quanto feminino, sob a condição de ser maior de 18 anos. Além disso, neste sentido discorre o professor de Direito Penal

Júlio Fabbrini Mirabete (2015, p. 427), que na conduta de conjunção carnal “não pode ser autor pessoa do mesmo sexo do menor, porque nesse caso não pode haver o coito normal. Na prática de outro ato libidinoso, não há impedimento de que autor e vítima sejam pessoas do mesmo sexo”.

Ainda no que tange o sujeito passivo da relação processual também pode ser qualquer pessoa, independentemente se for do sexo masculino ou feminino. Dessa forma, deve ser enquadrado os menores de quatorze anos ou os que se adequam ao contexto de vulnerabilidade, disposto no artigo 217-A § 1º do Código Penal, que são os classificados como enfermos, os deficientes mentais e os que por outros motivos não ofereça resistência (BRASIL, 2009).

Desta feita, é admissível esclarecer com relação as condições legais previstas na Lei Penal, onde se presume a condição de vulnerável da vítima. O primeiro aspecto que deve ser observado é com relação ao critério etário, o menor de quatorze anos não é apto para consentir com as relações sexuais nesta fase. Independentemente da autorização da criança ou do adolescente, a pessoa que praticar conjunção carnal ou ato libidinoso será configurado o crime de estupro de pessoa vulnerável.

Muito se debate na doutrina, a respeito da indefinível proposta do legislador, ao propor no texto legal o termo menor de 14 anos. Não obstante o entendimento do supracitado autor Fernando Capez (2015, p.78) é de que: “ se o crime for praticado no dia do 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar , o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça.”

O entendimento predominante é o de que o critério etário é absoluto, não importa se a menor já teve outras experiências sexuais, ou se possui algum tipo de relacionamento com o acusado. Já nos casos em que a menor não aparentar ter idade inferior a quatorze anos ou está apresentar em local permitido apenas para pessoas maior de 18 anos, poderá ser a proposta de erro de tipo essencial. Pois algumas meninas apresentam maior desenvolvimento precoce, seja no aspecto físico, quanto psicológico, casos em que o agente não conseguiria identificar a idade da vítima.

Nesse contexto relativo ao julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, quando fica evidente que o réu tinha conhecimento da condição de vulnerabilidade da vítima, não há que se falar em erro do tipo essencial. Portanto, para ser acolhida esta tese, não pode ficar caracterizado que o acusado possui convicção de se tratar de pessoa vulnerável. Resta porém, tomar o devido cuidado para não ser seduzido e vir a cometer este delito.

Estupro de vulnerável. Erro de tipo. Não reconhecimento. Regime prisional.

1 - No crime de estupro de vulnerável, ainda que a vítima tenha aparência física capaz de induzir em erro quanto à sua idade, provado que o réu sabia que ela tinha menos de 14 anos de idade à época dos fatos, não se reconhece a excludente do erro de tipo.

2 - O crime se caracteriza com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (súmula 593 do STJ).

3 - O réu primário, condenado a pena não superior a 8 anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto, ainda que portador de maus antecedentes(art. 33, § 3º, do CP).

4 - Apelação provida em parte.

(Acórdão 1207595, 20180310070136APR, Relator: JAIR SOARES, , Revisor: MARIA IVATÔNIA, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 10/10/2019, publicado no DJE: 15/10/2019. Pág.: 120/137). (grifo do autor).

Outro aspecto relevante é referente à vítima enferma ou deficiente mental que não consiga discernir sobre a prática sexual. Essas circunstâncias especificamente necessitam de laudo pericial, para comprovar esta situação. Além disso, outro ponto se refere às vítimas que por outros motivos não consigam oferecer resistência, seja por embriaguez alcoólica, desmaio, ou estar em coma, nestes casos é considerada vulnerabilidade eventual.

Por conseguinte, a sociedade em geral avança a cada dia, e procura solucionar problemas que atingem a vida de inúmeras pessoas vulneráveis. Os direitos positivados através de tratados e convenções vêm atender o interesse primordial destas, pois tem como principal objetivo amenizar os traumas e sequelas provocadas pelo abuso sexual, com isso deve existir políticas públicas direcionadas exclusivamente ao tratamento de crianças e adolescentes.

3.3 Inovação da Lei nº 13431/2017 e o depoimento especial

É conveniente destacar que nos casos em que as vítimas são crianças ou adolescentes, existe maior complexidade para elaboração das provas. Vez que geralmente este delito acontece no oculto, longe da presença de outras pessoas, e dessa forma causa maior dificuldade na produção de prova testemunhal. O sujeito ativo na maioria das vezes procura situações onde o vulnerável se encontre longe de outras pessoas que o possam defender.

Neste sentido passa vigorar a Lei nº 13431 de 04 de abril de 2017, designada para amenizar a opressão contra os menores e tem como principal propósito atender às vítimas ou testemunhas de qualquer tipo de violência, em específico às que tiveram sua dignidade sexual afetada. Dessa forma, o ponto central da Lei é o definir a forma das testemunhas serem ouvidas e o depoimento especial dos menores.

Na realidade, as testemunhas são partes fundamentais no Processo Penal, pois auxiliam no esclarecimento dos fatos. Nos casos que não fica comprovado por meio de laudo pericial é indispensável a presença destas para elucidação do crime. Assim, são cooperantes ao cumprimento da justiça, pois tem o dever de narrar fielmente os acontecimentos, as ações do sujeito ativo e reações do sujeito passivo da relação processual.

Todavia, nestes crimes o depoimento da vítima tem grande peso na formação da convicção do juiz. A linha desse raciocínio vale conferir o pensamento de Ramoñ Henrique Nogueira (2018) ao narrar os fatos com coesão, de forma detalhada e coerente pode ser suficiente para atingir a condenação do agressor. Na maioria dos casos a pessoa ofendida tem vínculo ou conhece o criminoso, com isso dificulta ter conexão ao depor em juízo. Desta forma, quando a vítima não consegue expor o modo como tudo ocorreu ou se o depoimento diverge dos demais elementos anexados na instrução, estes não serão aptos para produzir efeitos de prova.

Vale prosseguir com a ideia do referido autor, de que existe grande questionamento sobre o fato o nível de confiabilidade no depoimento prestado por

crianças e adolescentes, vez que estes podem ser facilmente manipulados. Na Legislação não existe nenhuma tipo vedação quanto a depoimento destes, portanto o juiz deverá avaliar para somente assim firmar sua convicção sobre o caso.

A Lei nº 13431/17, no Título III preconiza sobre a escuta especializada e o depoimento especial. No artigo 8º dispõe sobre que “depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança e adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”. Com isso torna-se imprescindível que o Sistema de Justiça e todos seus integrantes sejam hábeis para realização destes procedimentos e preservação da dignidade dos menores. (BRASIL, 2017).

3.4 Vitimização secundária - procedimento investigatório

O Estado deve ser munido de ferramentas que propiciem ideal acolhimento às vítimas de crimes sexuais. Por mais que não esteja previsto no Código de Processo Penal, existe uma eminente obrigação a ser cumprida, trata-se do fato de providenciar aos menores a oportunidade de depor sem ocasionar novamente outra situação traumatizante.

Sob está ótica é importante enfatizar que o Conselho Nacional de Justiça por meio da Recomendação nº 33, de 23 de novembro de 2010, propõe aos tribunais a instauração de mecanismos que possibilitem o aprimoramento da metodologia de depoimento especial. Tal projeto visa alcançar todas as comarcas do Brasil, com intuito de preparar os juízes e serventuários da Justiça para colhida do depoimento das vítimas de violência sexual, de modo diferente do tradicional.

A orientação dada pelo CNJ incentiva os juízes a implantarem uma sala especial para colher o depoimento, neste local personalizado e profissional habilitado as crianças serão ouvidas e tudo fica gravado, e assim não seja necessário a vítima repetir o relato e relembrar do trauma sofrido. Na sala de audiência o juiz assiste toda a conversa, e depois junta o vídeo na ação. Neste procedimento permite que os menores tranquilos, sem o formalismo do sistema tradicional.

Diante disso, para fixar a ideia da simplificação procedimental nos casos de vítimas menores, é de extrema contribuição o posicionamento do autor Cezar

Roberto Bitencourt (2018, p. 103), sobre vitimização que ocorre no procedimento comum:

Para evitar a vitimização secundária, precisa-se aprimorar o procedimento investigatório; buscar-se a participação efetiva de terapeutas, assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras para fazerem o trabalho preliminar de preparação adequada dessas vítimas, e, inclusive, a interlocução nas audiências, que devem ser informais, distintas, sem a liturgia tradicional das conhecidas audiências de foros, delegacias e gabinetes do Ministério Público.

A sugestão do autor Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 103) é de “criar uma sala paralela e contígua à sala de audiências, onde deve ficar as pequenas vítimas, acompanhadas dos profissionais, sendo visualizadas pelos atores da audiência, por uma parede de vidro.” A intenção é de adequar a criança em um ambiente que seja confortável para ela contar tudo que ocorreu, de forma simples e distraída, e assim evitar a revitimização.

De acordo com a artigo 10º da Lei nº 13431/2017 “ a escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência”. Estas vítimas precoces são sujeitos de direitos, e devem ter sua dignidade resguardada acima dos preceitos processuais o Sistema Jurídico não pode revitimizá-los (BRASIL, 2017).

Em virtude de se tratar de vulneráveis estes não podem ser penalizados duas vezes, uma pela violência sexual sofrida, e outra pela incompetência do Sistema Processual Penal. Como se sabe a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente resguarda proteção absoluta aos infatojuvenis. A modernização no âmbito procedimental deve alcançar todas as esferas da Justiça Brasileira, e com isto garantir a preservação dos direitos inerentes as crianças e adolescentes.

Logo, o Estado deve ter como missão específica aperfeiçoar suas funções em todas as comarcas do país. E com isso possam desempenhar de forma adequada o procedimento investigativo referente aos vulneráveis. Assim sendo preparar todos os serventuários da Justiça para contribuírem com esta inovação e, portanto prevenir o constrangimento e vitimização secundária.

3.5 Função protetiva do Conselho Tutelar

A Lei nº 8069/1990, no Título V, Capítulo I em seu artigo 131, dispõe que: “o Conselho Tutelar é o órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta lei.” Tem por função específica a defesa dos direitos dos menores, e por conseguinte questões de problemas de justiça social (BRASIL, 1990).

No que tange à autonomia do Conselho Tutelar, pode ser observada por ser um órgão que compõe a administração pública municipal e pode agir livre de autorização qualquer outra instituição. Além disso, executa relevante papel social que a é proteção dos menores e também possui função administrativa. Além disso, sua natureza é permanente, portanto o órgão não se extingue, vez que os conselheiros são eleitos para desempenharem suas atribuições até o término do mandato.

É interessante demonstrar a definição apresentada pelo autor Luciano Alves Rossato (2018) que reafirma a autonomia do Conselho Tutelar. Por ser totalmente independente, não sofre nenhum tipo de interferência por partes dos outros poderes, logo é apenas fiscalizado por estes. Sendo assim, pode agir livremente e tomar as providências necessárias em conformidade com a lei.

Todas as situações conflitantes atinentes ao Conselho Tutelar, não podem ser julgadas por este, pois não se trata de órgão jurisdicional. Logo, devem ser despachadas para o juiz competente que julgará o caso concreto. É importante ressaltar que dentre as principais funções do órgão esta de resguardar o estrito cumprimento da Lei, e garantir o cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes.

Deste modo, os conselheiros tutelares são eleitos por votação para desempenharem atividades preventivas junto à comunidade local, e assim auxiliam na prevenção de crimes e qualquer tipo de abuso e violência contra os menores. É acessível para sociedade denunciar caso perceba alguma hipótese de integral violação aos direitos do público infantojuvenil. A denúncia pode ser feita por meio de

ligação ou pessoalmente. O órgão também age de ofício nas situações em que percebem ofensa aos princípios concernente aos vulneráveis.

Dentre as principais funções do Conselho Tutelar, está a de reconstituir os direitos que foram violados, como também resguardar o cumprimento de todos os princípios e garantias dos menores. De tal sorte que possui notável função social, para influenciar todos respeitarem o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois o intuito do órgão é defender e lutar pela qualidade de vida das crianças e adolescentes, de tal modo que estes sejam vistos como pessoas detentoras de direitos e tenha a prevalência dos princípios garantidos em Lei, em destaque ao princípio da proteção absoluta.

Portanto, este capítulo tratou das condutas típicas do tipo penal incriminador, que é prática de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso, com vítima que não seja capaz de resistir ou consentir com o ato. Por se tratar de crime que viola integralmente a dignidade sexual, sendo esta vítima definida como pessoa vulnerável. Logo, foram apresentados os sujeitos da relação processual na perspectiva dos atores processuais como sujeito ativo e passivo.

Desse modo, também abrangeu às inovações referentes a Lei nº 13431/2017, que prevê um melhor tratamento às vítimas e testemunhas menores, e assim designa a possibilidade de escuta especializada e depoimento especial, tudo para beneficiar e evitar um novo sofrimento. Vale destacar, que todo sistema processual deve fluir sem que aconteça a revitimização, por isso, todo Sistema Jurídico deve ser preparado para acolher as pessoas que tiveram sua dignidade violada.

E, por conseguinte é notável que quando estas vítimas estão em lugar adequado, com profissional especializado é possível narrarem todos os acontecimentos de forma detalhada, e desse modo a justiça alcance o ponto da condenação do criminoso. Sob este viés, o que mais interessa é evitar a vitimização secundária, ao submeterem as vítimas a sala de audiência tradicional, com o método comum. Diante disso, vale destacar o papel do Conselho Tutelar, órgão destinado para assegurar a garantia dos direitos elencados no Estatuto da criança e do adolescente, e atuar na proteção dos menores.

CONCLUSÃO

A Lei nº 12.015/2009, instituiu os crimes sexuais contra o vulnerável, por sua vez fica estabelecido que qualquer relacionamento amoroso com pessoa menor de quatorze anos constitui estupro de vulnerável. O intuito da Lei é o de promover a preservação do desenvolvimento saudável dos menores, para que estes evoluam no aspecto educacional, social, emocional e assim tenham a sua dignidade sexual resguardada para quando atingirem a maioridade possam viver sua independência.

Neste aspecto, segue as pessoas que por enfermidade, deficiência mental, e também as que não possuem discernimento ou por motivo diverso não consiga oferecer resistência, podem ser enquadradas no contexto de vulnerabilidade momentânea ou perdurável. Portanto para que se configure o crime é indispensável que no momento do ato a vítima seja considerada impossibilitada de manifestar favoravelmente ou de modo contrário a esta tipificação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal, consagra como uma prioridade absoluta a proteção integral dos vulneráveis. O objetivo central da Lei nº 12.015/2009 é o de reforçar que estes são sujeitos de direitos, e devem ter sua dignidade acima de tudo resguardada. Existem inúmeros princípios que servem para orientar sobre a conduta apropriada a cada indivíduo. Como exemplo, o princípio da prioridade absoluta preconiza.

Outro ponto relevante é relacionado ao advento da Lei nº 13.718/2018, reforça que independentemente do consentimento da vítima ou se ela já teve outras relações sexuais, a pessoa maior que envolver com menor será punido pela prática de estupro de vulnerável. Sendo assim, fica expressa a proibição de manter relação

sexual com vítima com idade inferior a quatorze anos. A finalidade é evitar a proliferação do abuso sexual, onde adultos aproveitam da inexperiência para violar os direitos de crianças e adolescentes.

Pode ser observado que os índices de casos de estupro de vulnerável, aumentam cada vez mais. É dever da sociedade, da família e dos órgãos preventivos, atuarem na aplicação das normas para coibirem tal prática. O princípio da proteção absoluta vem para amparar os menores, e evitar o avanço desta modalidade de crime, que destrói o futuro de inúmeras crianças e adolescentes. Enfim, o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual das crianças e dos adolescentes, pois estes não possuem liberdade para fazer escolhas de natureza sexual.

Portanto, todo cidadão deve estar ciente que conjunção carnal, é o ato sexual onde há penetração do órgão masculino no feminino. Por outro lado, ato libidinoso, são os atos que visam satisfação do ego sexual, seja através de toques, carícias, beijos, entre outros. Qualquer destas condutas com pessoa vulnerável será punido pela prática delituosa. Torna-se imprescindível que o critério etário é absoluto, independe do consentimento ou se a vítima já teve outros relacionamentos.

REFÊRENCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública, 12º edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, **Código Penal**: Decreto-lei n. 2.848, de dezembro de 1940, 3ª edição.- Barueri, SP: Manole, 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 0000500-86.2017.8.24.0144(Acórdão)**. Relator: Júlio César M. Ferreira de Melo. Julgado em: 17/05/2018. Primeira Câmara Criminal. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em 27/09/2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 0005795-94.2017.8.24.0018 (Acórdão)**. Relator: Ernani Guetten de Almeida. Julgado em: 08/10/2019. Terceira Câmara Criminal. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em 09 out.2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Criminal nº 1207595, 20180310070136APR (Acórdão)**. Relator: Jair Soares; Revisor: Maria Ivatônia. Julgado em: 10/10/2019. 2ª Turma Criminal. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 12 out.2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. 10 ed. atual. até a EC. 99/2017 – Barueri, SP: Manole, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 3.688 de 3 de outubro de 1941**. Lei de contravenções penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990**. Convenção sobre os direitos das crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12015 de 07 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12737 de 30 de novembro de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1363531 MG**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 jun.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 jun.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 130297 AgR**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/10/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748466721>. Acesso em: 01 set. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra administração pública (arts. 213 a 359-H), 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 33, de 23 de novembro de 2010.** Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_33_23112010_22102012173311.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

DELAZERI, Gêssica. **Estupro de Vulnerável: a (In)constitucionalidade da relativização do conceito dos menores de 14 anos nos crimes sexuais.** UNIVATES, 2015. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/879/1/2015GessicaDelazeri.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Comentários á Lei nº 13.431/2017.** MPPR, 2018. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun_2018.pdf. Acesso em: 19 out. 2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Eca: Estatuto da Criança e do adolescente anotado e interpretado**, 2ª edição. São Paulo: FTD, 2011.

ESTEVES, Cláudio Rubino Ruan. **Lei nº 13718/2018 Crimes contra a Dignidade Sexual.** Criminal.MPPR,2018. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_Lei_13718_2018_Mudancas_nos_Crimes_Sexuais_versao_final_2.pdf. Acesso em: 28 mai. 2019.

ISHIDA, Váter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência-** 13º edição. São Paulo: Atlas, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, 3º volume: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal, 2º ed. ver., ampl e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**, 4º ed. rev., atual. e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal**, volume 2: Parte Especial, Arts. 121 a 234-B do CP, 32ª ed. rev e atual-São Paulo: Atlas, 2015.

NOGUEIRA, Ramoñ Henrique. **A valoração da prova no delito de estupro de vulnerável no Direito Processual Penal Brasileiro**. UFRN, 2018. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/8522/1/Valora%C3%A7%C3%A3o%20da%20prova_Nogueira_2018.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal**, 11º ed. ver, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme Souza. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Arts. 213 a 361 do Código Penal - Vol. 3**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PADRO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, V. II, 16º edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069/90 – comentado artigo por artigo- 10. ed –São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TREGGER, Aline; **Estupro de vulnerável**. EMERJ, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_2010/alinetreger.pdf. Acesso em : 15 mai. 2019.