

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 12/09/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33903-ma-an-lise-dos-conflitos-advindos-da-utiliza-o-do-crit-rio-et-rio-biol-gico-na-sistem-tica-dos-crimes-sexuais-dentro-do-ordenamento-brasileiro-face-aos-princ-pios-fundamentais-do-direito-penal-co>

Autore: Adryeli Sacilotto Camargo

Ma análise dos conflitos advindos da utilização do critério etário/biológico na sistemática dos crimes sexuais dentro do ordenamento brasileiro face aos princípios fundamentais do direito penal-constitucional

UMA ANÁLISE DOS CONFLITOS ADVINDOS DA UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO ETÁRIO/BIOLÓGICO NA SISTEMÁTICA DOS CRIMES SEXUAIS DENTRO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO FACE AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL-CONSTITUCIONAL

Resumo

O presente artigo tem o escopo de analisar as problemáticas que decorrem da utilização do critério etário/biológico no que tange aos crimes sexuais dentro de um Estado Democrático de Direito. Neste diapasão se abordará os conflitos existentes deste citado critério com a realidade social, a Vedação da Responsabilidade Penal Objetiva, os princípios da Presunção de Inocência, da Individualização das Penas, da Proporcionalidade e principalmente com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além das contradições entre o disposto no Código Penal de 1.940 (CP/40) e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1.990 (ECA/90).

Palavras-Chave

Dignidade Sexual, Estado Democrático de Direito, Princípios Fundamentais

Abstract

This article has the scope to analyze the problems arising from the use of the criterion age/organic when it comes to sexual crimes within a Democratic State. This pitch is address the conflicts cited this criterion with social reality, the sealing of criminal liability objective, the principles of the Presumption of Innocence, the Individualization of Punishment, proportionality and especially with the principle of Human Dignity, and the contradictions between the provisions of the Criminal Code of 1940 (CP/40) and the Child and Adolescent 1,990 (ECA/1.990).

Keywords

Sexual Dignity, Democratic State, Fundamental Principles

Sumário

1. Do Conflito entre a Realidade Social. 2. Do Conflito com a Vedação da Responsabilidade Penal Objetiva. 3. Do Conflito com o Princípio da Presunção de Inocência. 4. Do Conflito com o Princípio da Individualização das Penas. 5. Do Conflito com o Princípio da Proporcionalidade. 6. Do Conflito com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 7. Do Conflito entre o CP/40 e o ECA/90. Notas. Conclusão. Referências.

Introdução

Antes de adentrar-se na análise das problematizações é importante salientar que de forma relativamente recente houve algumas modificações no CP/40 quanto à tipificação dos crimes sexuais, contudo para não haver desfoque do objeto do presente artigo, se resumirá as principais alterações legais apenas no que tange à parte que posteriormente será discutida.

Até o ano de 2.009, o sistema penal brasileiro se confrontava doutrinaria e jurisprudencialmente na emblemática questão se a “presunção de violência sexual” (contida no agora revogado Art. 224, alínea “a” do CP/40) ¹ era de natureza absoluta (não admitindo-se prova em contrário e caracterizando crime toda vez que houvesse contato sexual com um menor de 14 [quatorze] anos) ² ou se tinha natureza relativa (admitindo-se prova em contrário, não incidindo o delito, se no caso concreto, fosse apurado o discernimento do menor de 14 [quatorze] anos para validar o tal ato sexual). ³

Com o advento da Lei nº 12.015/2.009, eliminou-se a expressão “presunção de violência” e inseriu-se um tipo penal autônomo, qual seja, o “Estupro de Vulnerável,” acrescentando-se o art. 217-A no CP/40.⁴ Entretanto, a discussão acima abordada sobre a natureza absoluta ou relativa continua existindo juridicamente, já que a simples inserção do conceito de vulnerabilidade não teve o condão de *per si* extinguir as controvérsias jurídicas e sociais acerca da relação sexual consentida envolvendo uma pessoa menor de 14 (quatorze) anos.⁵

Contudo, considerando-se a política criminal, observa-se que o desiderato do legislador foi de imprimir o caráter mais absoluto possível à vulnerabilidade, punindo todos aqueles que praticarem qualquer ato de cunho sexual com pessoas que encontram-se abaixo de determinada faixa etária. ⁶

A adoção desta vulnerabilidade fundamentada em um critério puramente etário/biológico tal como apresentada quer na anterior, quer na atual dicção legal, reveste-se de inúmeras celeumas de difícil equacionamento dentro de um Estado Democrático de Direito, sendo que, este é uma modalidade de Estado de Direito, caracterizada por diversos elementos, entre os quais ressaltam-se a proteção aos direitos, garantias e princípios fundamentais;⁷ entre os quais, seguirão alguns a serem debatidos nos próximos tópicos.

1. Do Conflito entre a Realidade Social

Neste item se abordará a discrepância entre o conteúdo legal e a realidade sócio-cultural dos indivíduos e portanto se debaterá sobre a real eficácia do Direito na vida prática das pessoas.

É inegável que hodiernamente crianças e adolescentes já possuem um conhecimento acerca da sexualidade bastante amplo, e embora seja discutível se possuirão em todos os casos a devida educação sobre o assunto, o fato é que de uma forma ou de outra, possuem acesso a este assunto das mais variadas formas.⁸

É mais do que evidente que nos dias atuais não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à adolescência, **continue, como em 1940**, a ser uma **insciente das coisas do sexo**. Como antes mencionado, **sexo, na atualidade**, deixou de ser tema preconceituoso e até **'imoral' de antigamente**, para situar-se numa posição de grande destaque: na família, onde é discutido livremente, até por questão de **sobrevivência**, em virtude do surgimento e disseminação de moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o **'status' de matéria curricular, e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto quase que corriqueiro**. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema **'sexo'** flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com menos de 14 anos de idade uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a **'rechaçar'** as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.⁹

Márcio Bártoli em sua obra a “Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa de Relativização da Presunção de Violência” (e frisa-se datada de 1.992), estabelece alguns pontos fundamentais, para análise da conjectura apresentada:

a) A família; b-) a escola; c-) a mídia.

a) A família constitucionalmente (Art. 227, *caput* c/c § 4.º da Constituição Federal de 1.988 – [CF/1.988]) tem o dever de assegurar para crianças e adolescentes uma vida a salvo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, especialmente as de cunho sexual. Portanto, como em contrapartida, deve-se assegurar o direito à cultura e à educação, por óbvio que a família deve discutir e explicar aos menores, inclusive menores de

14 (quatorze) anos, questões sexuais até como forma de prevenção da propagação de doenças venéreas e o alto risco de gravidez entre meninas com menos de 18 (dezoito) anos de idade.¹⁰

b) À escola também cabe um papel fundamental na formação das novas gerações, e para tal mister, não está mais restrita ao conteúdo das matérias técnicas de praxe, mas com o próprio desenvolvimento da Pedagogia e seus métodos, orienta-se no sentido de ampliar o rol do conteúdo ensinado, englobando a sexualidade humana.¹¹

c) A mídia: A mais problemática fonte de conhecimento sexual especialmente para pessoas até certa idade e que estejam em formação de caráter e maturidade; pois em que pese o conteúdo educativo e necessário da abordagem do sexo e suas vertentes, é inegável uma apelação desenfreada para com o mesmo, muitas vezes, sem a devida explicação. Contudo, se isto é ou não certo, não é objeto deste trabalho, mas que é fato, a exposição midiática do sexo, isto é. Portanto, torna-se inegável que, cada vez mais, pessoas com a mais tenra idade têm acesso às informações relativas ao sexo, haja visto o poder social da mídia altamente disseminado em todas as classes sociais.¹²

Portanto, não seria coerente mascarar a realidade factual das relações sociais e entender que até os 14 (quatorze) anos, a pessoa seria em todos os casos concretos, incapaz de saber o que está fazendo em matéria sexual.

Simplesmente não querer enxergar a realidade cultural em que se mergulha as pessoas e independente da Lei, as pessoas que tenham menos de 14 (quatorze) anos, é cada vez mais tornar o Direito ineficaz, vazio e inócuo.¹³

De certa forma, o Direito neste ponto está desacreditado e do ponto de vista estritamente formal, completamente superado e desrespeitado, uma vez, que havendo consentimento por parte do menor, quem oferecerá a denúncia?

A fiscalização do Ministério Público é precária e é impossível que esta instituição esteja em cada festa, casa noturna ou qualquer outro lugar fiscalizando se os menores de 14 (quatorze) anos estão se entregando às práticas sexuais. Ou seja, na realidade, quantos “crimes” (frisa-se, crimes observando a dicção da Lei, hoje Art. 217-A do CP/1.940) ocorrem diariamente e ficam completamente sem resposta penal, indicando a falta de eficácia social da norma em questão?

O Direito e a Sociedade estão umbilicalmente ligados: *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus* (onde o homem; aí a sociedade; onde a sociedade, aí o Direito; logo, onde o homem, aí o Direito).¹⁴ Conforme se depreende desta clássica frase, onde haver seres humanos, deve haver o Direito, mas por óbvio, um Direito coadunado com

as características destes seres humanos, caso contrário, sentido algum haveria para interligar um instituto ao outro e poderia o Direito ser apenas algo abstrato.

E mesmo sem a resposta penal às situações fáticas que se amoldam perfeitamente à descrição típica do Art. 217-A do CP/1.940 (em outros termos, aos crimes formalmente se referindo) a sociedade não cobra esta “impunidade,” porque os valores sociais mudaram¹⁵ e passou-se a ser socialmente aceito (exceções de certos casos) as práticas sexuais consentidas de pessoas com menos de 14 (quatorze) anos.

Nas considerações de Ana Lucia Sabadell as mudanças sociais significam que as pessoas estabeleceram novas e/ou diferentes formas de se relacionarem socialmente com a sua família, seus amigos, sua religião, seus costumes, suas relações profissionais, etc.¹⁶

Como exemplo podemos citar o caso do namoro entre um moço de 18 (dezoito) anos e uma moça de 13 (treze) anos de idade.¹⁷

E se a própria sociedade não vê qualquer gravidade nas relações sexuais consentidas com pessoas, ainda que elas possam menos de 14 (quatorze) anos, não cabe ao Direito criminalizar tal conduta, porque o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, ele só deverá atuar quando restarem inócuas as incidências de outras formas de controle social, tais como, a Religião, Moral, Regras do Trato Social; ou ainda, quando outros ramos jurídicos (Direito Civil, Direito Administrativo, por exemplo) forem insuficientes para sancionar devidamente o indivíduo.¹⁸

Tais considerações encontram base nos princípios da Intervenção Mínima e da Intervenção Subsidiária do Direito Penal que não significam outra coisa, senão o que está retro-citado: O Direito Penal deve incidir seu *jus puniendi* o mínimo possível e ainda assim, depois de esgotadas as outras formas de controle social.¹⁹

E efetivamente o “Direito Penal Sexual” encontra-se bastante dissociado da realidade cultural das pessoas, e não pode-se sequer alegar que é porque o ordenamento jurídico brasileiro tem um Código Penal criado durante a II Guerra Mundial; pois se isto é um fato, é fato também que em 2.009 houveram alterações na parte que tange aos crimes sexuais e a política criminal recrudescerá mais ainda, com a introdução de uma vulnerabilidade que pela dicção legal, reveste-se de instituto absoluto a criminalizar toda e qualquer pessoa que mantém contato sexual com certas pessoas, em determinadas idades.

Para verificar a defasagem entre o que determina o Art. 217-A do CP/40 e a realidade, basta comparar o que os modernos estudos da Psicologia definem sobre o assunto: Hodiernamente a Psicologia refuta aquela clássica classificação de que a adolescência iniciar-

se-ia a partir dos 14 (quatorze) anos, e seria quando o corpo estaria preparado para gerar uma nova vida.²⁰

Marilena Chauí, explica que o sexo é algo originalmente biológico e natural, mas nos seres humanos necessariamente passa pelo crivo da sociedade, tornando-se fato cultural e construído. Em outras palavras, uma pessoa biologicamente pode estar pronta para o sexo, mas não o praticá-lo por questões outras, como a cultural, a religiosa entre outros institutos.²¹

Ademais, com os novos estudos médicos, descobre-se que a adolescência não é um período de vida determinado de “x” a “x” anos, mas uma fase onde se desenvolvem algumas situações e sensações, fortemente influenciadas pela cultura, pelo grupo social, família e a própria personalidade ínsita do indivíduo. Portanto, a adolescência não necessariamente começa aos 14 (quatorze) anos, e antes desta idade a pessoa já pode ter o amadurecimento sexual, como depois desta idade pode não tê-lo; em que se pese, normalmente aos 14 (quatorze) anos já poder biologicamente praticar o sexo.²²

De qualquer forma, pelas constatações e pesquisas, parece que na realidade, antes dos 14 (quatorze) anos, a prática sexual entre jovens é freqüente e comum. O Ministério da Saúde realizou a mesma pesquisa em 1.984 e em 1.998, questionando jovens entre 16 (dezesesseis) e 19 (dezenove) anos, se já haviam se relacionando sexualmente antes dos citados 14 (quatorze) anos. Facilmente observa-se que no curto interregno de 15 (quinze) anos (entre 1.984 e 1.998) houve significativo aumento do exercício da sexualidade cada vez mais cedo: Nos rapazes teve-se um aumento de 11,5% e nas moças em 18,7 % .²³

2. Do Conflito com a Vedação da Responsabilidade Penal Objetiva

Neste item se debaterá como o critério etário se choca com a Vedação da Responsabilidade Penal Objetiva, com a Teoria da Equivalência do Nexo Causal, com o Princípio da Legalidade com o próprio sistema dos Direitos Humanos e principiologicos que regem o Direito como um todo.

No âmbito civil, é perfeitamente possível a adoção da Responsabilidade Objetiva, ou seja, aquele tipo de responsabilidade em que o agente responde mesmo que não tenha concorrido dolosa ou culposamente para produção do prejuízo.²⁴

Ocorre que no âmbito penal a tal Responsabilidade Objetiva é vedada, vez que, pelo CP/1.940, em seu Art. 18,²⁵ o agente só responde se tiver agido com dolo ou culpa para consecução de um crime. Em outros termos, ou o agente quis ou assumiu o risco de produzir o resultado ou então, mediante imprudência, negligência ou culpa, incorreu no mesmo.²⁶

A determinação de que é a vedada a Responsabilização Objetiva do agente em âmbito criminal deve-se à teoria de crime que o ordenamento pátrio filou-se, ou seja, a Teoria da Equivalência do Nexo Causal elaborada substancialmente por Stuart Mill, segundo a qual, tudo o que der causa ao resultado deve ser responsabilizado por tal.²⁷

Contudo, além do mero nexos causal físico entre o que uma pessoa faz e o resultado que ela produz, deve haver o nexos normativo, ou seja, a conduta deve estar prevista em algum tipo penal,²⁸ pois de acordo com o Princípio da Legalidade, só é crime aquilo que está definido em Lei, (Art. 1.º do CP/40²⁹ c/c Art. 5.º, inc. XXXIX da CF/88³⁰).

Tal Princípio da Legalidade representa um verdadeiro marco contra a tirania dos Estados Absolutistas e consolida-se como um dos principais princípios que permitiram a consolidação efetiva dos direitos negativos ou como também são conhecidos, direitos de 1.ª dimensão, pois, para que o cidadão realmente tivesse assegurado os direitos de liberdade, de propriedade, de expressão, deveria o Estado abster-se de determinadas práticas e para tal uma das maiores limitações consistiu em estabelecer que o Estado só poderia punir alguém, se previamente o crime já estivesse elencado em diplomas jurídicos legitimamente elaborados por representantes da vontade do povo.³¹

Salienta-se que todo Direito Penal contemporâneo assenta-se neste princípio, constituindo-se ele em verdadeiro sustentáculo para o sistema criminal-constitucional hodierno, sendo assim, até mesmo na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948, em seu Art. XI, item 2,³² é possível vislumbrá-lo.

Contudo, não basta apenas a conduta estar prevista em Lei, ela deve necessariamente estar tipificada como dolosa ou culposa, pois a partir do momento que uma conduta deixa de ser dolosa ou culposa, mas ocorre no mundo fático, (como por exemplo, em decorrência de um caso fortuito) e a mesma é punida; não se está criminalizando alguém por sua conduta e sim por um acontecimento a qual não deu causa, contrariando assim, a teoria que dá fundamento ao sistema criminal e o coaduna com as vertentes esperadas em um Democrático Estado de Direito.

Para Luiz Flávio Gomes, se mesmo sem dolo ou culpa, mas tão apenas mantendo relação sexual com menor de 14 (quatorze) anos, o agente já é responsabilizado, então está configurada a responsabilidade objetiva.³³

Fatos são fatos e não se presumem, são o que são, sendo assim, querer responsabilizar aprioristicamente uma pessoa por um fato que esteja enquadrado em Lei como crime pela sua simples configuração na realidade, consiste em explícita violação a um dos princípios

norteadores do Direito Penal, qual seja o da Responsabilidade Penal Subjetiva (aquela que depende da existência ou de dolo e/ou culpa).³⁴

O simples argumento de que está previsto expressamente em Lei que é crime manter qualquer tipo de contato sexual com pessoas menores de certa faixa etária e que portanto respeitado está, o Princípio da Legalidade, não merece prosperar por 2 (dois) grandes motivos:

Primeiro porque consoante já exaustivamente explicado é necessário que haja a tipificação em conduta dolosa ou culposa sob pena de desprezar-se a Teoria da Equivalência do Nexo Causal e em segundo lugar, (e o que é mais importante) não basta um crime apenas estar descrito em Lei, sendo primordial que a Lei esteja em consonância com os ditames de um Estado Democrático de Direito, caso contrário, estar-se-ia diante de uma Legalidade formal e desprovida de conteúdo axiológico democrático.³⁵

Tal como foi a fundamentação do Tribunal de Nuremberg ao julgar os criminosos nazistas após a II Guerra Mundial, mais importante que o Princípio da Legalidade está o Princípio do Respeito aos Direitos Humanos.³⁶ Logo, não basta que uma disposição legislativamente esteja em ordem para que sua validade se perfaça, é essencial que antes de qualquer consideração, a mesma encontre guarida nas disposições de um Estado Democrático de Direito.³⁷

Além desta consideração retro, cabe explicar também que no confronto entre uma regra e um princípio, prevalecerá este último.³⁸ Isto porque, segundo Walter Claudius Rothenburg, os princípios estruturam o ordenamento jurídico como um todo, expressando os mais fundamentais valores que alicerçarão, inclusive determinando o alcance e a limitação das próprias regras.³⁹

Portanto se a disposição formalmente criminosa que determina a criminalização de qualquer contato sexual com menores de 14 (quatorze) anos é contrária ao Princípio da Vedação da Responsabilidade Penal Objetiva, logo este deveria prevalecer sobre àquela.

3. Do Conflito com o Princípio da Presunção de Inocência

Constitucionalmente está assegurado como garantia fundamental que até o trânsito em julgado da decisão condenatória, a pessoa será entendida como inocente. (Art. 5.º, inc. LVII, CF/1.988).⁴⁰

Tecnicamente de acordo com Ana Paula Zomer Sica, o termo mais correto seria “princípio da não-consideração prévia da culpabilidade” já que o dispositivo constitucional não reza que a pessoa será inocente, mas que não será vista como culpada.⁴¹ De qualquer forma, *contrario sensu*, é perfeitamente possível, entender que se não é culpada, será classificada como inocente.

Ocorre que, se o simples fato de manter contato sexual com alguém abaixo de certa faixa etária é crime não cabendo discutir sequer a existência de dolo ou culpa, incidindo a Responsabilidade Objetiva; então a partir do momento em que o fato se configura na realidade social o agente já é presumivelmente considerado culpado, em clara violação a mais um dispositivo constitucional⁴²

O estudo a respeito deste princípio não encontra eco apenas na legislação penal brasileira, mas em diversos diplomas internacionais, tais como Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948 (Art. XI),⁴³ reforçando que, este princípio reveste de suma importância dentro do Direito Penal de forma internacional e principalmente é consolidado como princípio inerente aos Direitos Humanos, ou seja, a Presunção de Inocência faz parte imanente do sistema jurídico de proteção aos tais fundamentais Direitos Humanos.⁴⁴

Esta presunção de culpa gera gravíssimas distorções quanto ao ônus probatório que em Direito Penal incumbe exclusivamente à acusação, de acordo com o Art. 156, *caput*, 1ª parte do Código de Processo Penal – CPP.⁴⁵

Ou seja, ao invés da acusação ter que provar que o indivíduo “x” incidiu em crime, é o tal indivíduo que terá que demonstrar que é inocente e que não incidiu no delito, já que a Lei o imputou *a priori* tal infração penal.⁴⁶

Portanto, há o seguinte panorama: No restante dos delitos a acusação exerce seu encargo processual, no caso dos crimes sexuais em discussão, este ônus incumbe ao acusado. Uma exceção sem fundamento jurídico para existir.

4. Do Conflito com o Princípio da Individualização das Penas

Neste tópico se discutirá de que forma se contraria o Princípio da Individualização das Penas e de certa forma, retorna-se a questão do valor ou do desvalor que a própria sociedade imprime a certos acontecimentos.

A pena por imperativo constitucional deve ser individualizada, (Art. 5.º, inc. XLV CF/1.988),⁴⁷ Ou seja, deve estar de acordo com a gravidade, com ao grau de violação ao bem

jurídico lesionado, a importância deste tal bem, a forma específica pelo qual o crime foi cometido, as circunstâncias em que se fez e os motivos que o engendraram.⁴⁸

A individualização das penas reveste-se de tamanha importância dentro de uma Democracia que é inclusive princípio que rege a Execução Criminal,⁴⁹ no mesmo sentido também dispõe Lei de Execução Penal (LEP), em seu Art. 5.^º⁵⁰

Sendo assim, não seria correto imprimir o mesmo intervalo de pena para a pessoa que violentamente manteve relações sexuais com alguém menor de 10 (dez) anos e o namorado de 18 (dezoito) que manteve algum tipo de contato sexual com o consentimento de sua namorada de 13 (treze) anos.

Não traçar uma linha diferenciadora (ou traçá-la tão apenas entre a pena mínima e a máxima) seria uma forma de burlar a individualização das penas, que é um direito fundamental, as situações exemplificadas acima refletem uma realidade completamente diferente uma da outra para que possam ser enquadradas na mesma penalização.⁵¹

Já se estudou que a sociedade, de forma geral, não mais criminaliza determinados contatos de cunho sexual consentido, ainda que uma das pessoas envolvidas possa ser menor de 14 (quatorze) anos; o que não significa que a sociedade atual simplesmente não enxergue nenhum limite às práticas sexuais, por exemplo, é do senso comum que manter relações sexuais com uma criança de tenra idade é algo deplorável em todos os matizes.

Logo depreende-se o valor conferido a uma ação (valor cultural de sexo na adolescência) e o desvalor imprimido a outra (sexo com a criança em tenra idade) demonstrando como a própria sociedade concebe diferentemente situações fáticas que efetivamente são completamente díspares e sem paralelos entre si.

Se a própria sociedade independentemente de qualquer consideração técnico-jurídica consegue contemplar tais diferenças, como o Direito com toda construção científica que lhe é subjacente não consegue? Como pode a Lei colocar dentro da mesma figura delitiva, ações tão diferentes, como as exemplificadas pouco acima? Como pode ser possível punir igualmente ou no mesmo intervalo de penas, pessoas que incidiram em fatos tão diferentes?⁵²

Cabe salientar que existe o Princípio da Taxatividade (que também pode ser entendido como Sub-Princípio da Legalidade) e este determina que a Lei não pode incriminar condutas genéricas e abstratas que de tão amplas, qualquer coisa que alguém incidisse poderia em tese, configurar crime.⁵³

Se o CP/40 estabelece que qualquer contato sexual já configura crime, cabe questionar a extensão deste “qualquer” contato. Hodiernamente, Estupro não é mais apenas o ato

específico da cópula vagínica efetuada pela introdução do pênis na vagina, mas qualquer ato, contato ou forma que possa assumir a natureza sexual.⁵⁴ Esta amplitude conferida aos crimes sexuais gera uma afronta ao Princípio da Legalidade no viés da Taxatividade.

5. **Do Conflito com o Princípio da Proporcionalidade**

Neste momento será questionado como o critério etário solapa um dos principais princípios do Direito contemporâneo, qual seja, o Princípio da Proporcionalidade.

Este princípio embora não esteja previsto de forma expressa na Constituição brasileira, norteia a correta aplicação dos demais princípios toda vez em que estes são igualmente constitucionais, mas colidem entre si. Por óbvio, que no caso em concreto, um deles terá que prevalecer.⁵⁵

De acordo com o Dr.º Leonardo Martins, pode-se definir o Princípio da Proporcionalidade como uma equação entre situações conflitantes mas que são igualmente importantes no ordenamento jurídico, sendo que, na situação fática um dos princípios (ou dos direitos) terá que prevalecer, mas esta prevalência não precisa ser absoluta como a aniquilar o outro princípio ou direito em conflito, mas mediante um re-dimensionamento manter o máximo possível e de forma simultânea a validade de todas as situações envolvidas, ainda que uma inevitavelmente prevalecerá de forma mais acentuada.⁵⁶

Diante da problemática exposta, de um lado, há a Dignidade Sexual da Pessoa em desenvolvimento, ou seja, a tutela para o sadio e correto desenvolvimento sexual de certas pessoas em certa faixa etária e de outro, os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Vedação da Responsabilidade Penal Objetiva, da Presunção de Inocência e da Individualização das Penas.

Trata-se de “equação” de princípios que quando confrontados demonstram que, embora não se deva excluir da proteção jurídica a Dignidade Sexual de crianças e adolescentes, não se pode permitir que seja esta proteção absoluta, em qualquer caso que apareça; transpassando todo o rol de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente substratos de um Estado Democrático de Direito.

Também cabe questionar se em todos os casos concretos haverá mesmo a proteção ao bem jurídico de se tutelar o sadio desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes ou se não há nada a proteger e apenas e tão apenas está-se desenvolvendo uma sexualidade normal.

Frisa-se novamente que não é objetivo deste artigo proclamar que as práticas sexuais não tem limites e independentemente da idade dos envolvidos, estariam liberadas; mas sim que a adoção de um critério meramente formal que instituí sem a menor fundamentação (ou mediante uma fundamentação ultrapassada) a idade de 14 (quatorze) anos como a idade em que as relações podem acontecer sem gerar repercussões criminais e punindo toda e qualquer pessoa por qualquer ato de cunho sexual eventualmente praticado de forma consentida com alguém menor de 14 (quatorze) é uma contradição ímpar com o Estado Democrático de Direito.

O que é pior: A conduta muito problematicamente entendida como criminosa, é tipificada como crime hediondo em legislação própria (Art. 1.º, inc. VI da Lei nº 8.072/90),⁵⁷ significando que o tratamento criminal imprimido aos acusados e condenados sob sua égide são bem mais repressivos do que normalmente seriam, se não fossem crimes hediondos. A título meramente exemplificativo pode elencar que as pessoas condenadas por crimes hediondos não tem direito à fiança, graça, anistia, indulto, devem começar a pena privativa de liberdade necessariamente no regime fechado e só lhe concedido o direito de progressão após intervalo de tempo superior aos de outros crimes, qual seja, após $2/5$ (dois quintos) de pena cumprida no regime mais gravoso.⁵⁸

Para se constatar a desproporcionalidade, também a título de exemplo, a pena mínima do crime de “Estupro de Vulnerável” é de 8 (oito) anos, sendo portanto, superior à pena mínima do crime de “Homicídio Simples” que é de 6 (seis) anos, isto levando em consideração que o crime de “Homicídio” tutela o bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a vida.

Como o Estupro, conforme já visto é uma ação que engloba qualquer conduta de cunho sexual, um beijo lascivo pode ser enquadrado como fato configurador do “Estupro de Vulnerável”⁵⁹ e sendo assim, um beijo lascivo de um namorado de 18 (dezoito) anos na namorada de 13 (treze) resultará em punição mais severa que se o mesmo a tivesse matado, inclusive sendo processado e condenado pelos rigores da Lei dos Crimes Hediondos.

6. Do Conflito com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No presente tópico se abordará a Dignidade da Pessoa Humana quando confrontada com a utilização do critério etário/biológico.

Antes de qualquer coisa, convém esclarecer no que consiste o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a fim de entender como a adoção por parte da legislação penal de um critério etário, o fere.

Este princípio está como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, (Art. 1.º, inc. III da CF/88) ⁶⁰sendo uma espécie de substrato onde todos os outros direitos fundamentais se encaixam como uma consequência lógica e coerente na ótica do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, desrespeitá-lo em última instância, significa ferir os demais direitos fundamentais e toda a sistemática jurídica subjacente. ⁶¹

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet, não é tarefa fácil conceituar o que seja Dignidade da Pessoa Humana, vez que esta é tão abrangente que os doutrinadores acabam deixando o conceito do instituto de forma porosa e lacunosa. Por outro lado, o princípio em questão abarca muitas abordagens, sendo assim, conceituá-lo de uma forma, não exclui a possibilidade desta conceituação não ser a mais completa possível e nem de não estar sujeita as mudanças. ⁶²

Como não é objetivo deste trabalho discutir a amplitude do princípio em tela, se limitará a uma das abordagens, sendo que esta muito se assemelha ao conceito de Direitos Humanos, ou seja, a Dignidade da Pessoa Humana é um princípio que garante que a pessoa, pelo fato de ser pessoa deve ter uma vida digna não apenas em seu aspecto material, mas também emocional, intelectual e cultural. ⁶³

Para se compreender como o critério etário a macula, importante discutir a relação existente entre Moral e Direito para entender a Dignidade Sexual das pessoas e a natureza dos bens jurídicos que se visa tutelar no Direito Penal hodiernamente.

Começando a discussão pela questão da “Moral x Direito” é importante entender que ambos são controles sociais poderosos e que possuem uma interpenetração muito grande, já que é a moral da época que influencia o legislador na elaboração das Leis que tipificam condutas e cominam penas, mas não se pode perder de vista que nem tudo o que é lícitamente jurídico é necessariamente moral. ⁶⁴

Durante muito tempo o Direito Penal era fundamentado em questões morais e religiosas, mas após a efetiva divisão entre Estado e Igreja já na luta para conquistar-se os direitos de 1.ª dimensão, não cabe mais esta fundamentação. Com o advento do Estado Democrático de Direito ficou ainda mais evidente que os institutos devem ficar separados, até porque consoante já estudado, o Direito penal é a *ultima ratio*, só podendo incidir após a Moral tornar-se inócua e não fundamentado nela. ⁶⁵

Consoante facilmente se poderia verificar o CP/40 na sua dicção original tutelava os crimes de cunho sexual em um Título denominado de “Dos Crimes Contra os Costumes” e era evidente a proteção calcada em questões de cunho moralistas defendendo-se primordialmente a “mulher honesta.”⁶⁶

Mesmo com o advento da Constituição Federal em 1.988, as disposições não se alteraram e apenas em 2.005, com a Lei 11.106 é que algumas situações mais esdrúxulas como o “Rapto” foram revogadas do ordenamento nacional. Em um Estado que se pretende ser Democrático de Direito é inviável tutelar-se costumes que são da esfera da Moral; ao Direito Penal caberia tutelar apenas bens jurídicos realmente importantes e que se desrespeitados colocariam em risco o próprio organismo social, assim deveria-se proteger não mais os costumes sexuais e sim a Dignidade Sexual da pessoa.⁶⁷

Com o advento da Lei nº 12.015/09, o nome do Título realmente foi mudado para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” mas ainda cabe questionar se realmente é a Dignidade Sexual que é tutelada⁶⁸ e isto pode ser auferido levando-se em conta que ela significa respeitar o ser humano em suas manifestações sexuais, desde que por óbvio, não haja exploração da sexualidade de outras pessoas.⁶⁹

O Estado deve abster-se de intervir na vida privada e/ou íntima das pessoas, conforme a própria CF/88 em seu Art. 5.º, inc. X⁷⁰ determina, especialmente deve se abster de envolver-se na sexualidade dos indivíduos, exceto se houver um motivo público realmente relevante, como o tráfico sexual.

Qual é a respeitabilidade à Dignidade da Pessoa Humana que o Estado expressa quando pessoas com maturidade sexual completa resolvem por livre e espontânea vontade praticarem qualquer ato de natureza sexual? Se um dos envolvidos tiver menos do que determinada idade (às vezes, bem próximo está de completar os tais citados 14 [quatorze] anos), o outro estará incorrendo em crime hediondo, sendo presumivelmente culpado a uma condenação superior ao crime de “Homicídio” por ter incidido em uma conduta socialmente aceita? Qual a extensão desta Dignidade Sexual?

Pode-se contrapor que o desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes devem ser preservados, mas o que se tutelar se a pessoa tem maturidade sexual para o ato? Como proteger o desenvolvimento, se este já se completou?

Não se trata de incorrer nos históricos erros em imaginar que o menor de 14 (quatorze) anos por já ter tal entendimento sexual seria imoral, trata-se muito pelo contrário, de desvincular a Moral da questão debatida. Se é questionável do ponto de vista psicológico,

social e moral, a sexualidade se manifestar tão cedo, isto não significa que o Direito Penal deva absorver a Moral, pois o mesmo condena sob fatos e o fato é que em muitos casos concretos a despeito da idade, não há qualquer desenvolvimento sexual a ser tutelado, porque a maturidade sexual já ocorreu.

Continuar presumindo (ainda que o termo não seja mais presunção, a vulnerabilidade é presumida absolutamente pela dicção legal) a imaturidade sexual de pessoas pelo critério etário é solapar a Dignidade da Pessoa Humana.

7. Do Conflito entre o CP/40 e o ECA/90

Neste ponto se travará um interessante entrave sobre o estabelecido pelo CP/40 e o que determina o ECA/90 demonstrando uma antinomia bastante acentuada e de difícil resolução.

Em que se pese os 22 (vinte e dois) anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, trata-se de diploma recente e muito mais adequado com a realidade sócio-cultural existente do que o vetusto Código Penal elaborado durante a II Guerra Mundial.

O citado Estatuto define já em seu Art. 2.º *caput* que criança é um ser até 12 (doze) anos incompletos e adolescente a pessoa entre os 12 (doze) anos completos e os 18 (dezoito) anos.⁷¹ Esta classificação tem implicações bastante práticas, já que a criança quando comete ato infracional pode vir a ser submetida às medida de proteção, enquanto que se o adolescente vier a incidir no tal ato infracional, poderá se submeter às medidas socioeducativas, cujas conseqüências são muito mais graves do que as medidas protetivas; podendo cominar inclusive com a internação, que consiste no recolhimento do adolescente a uma instituição do Estado.⁷²

Sendo assim, se o legislador de 1.990 entendeu que a pessoa com 12 (doze) anos já teria discernimento para responder por seus atos infracionais, a ponto de poder ser submetida às medidas socioeducativas, até mesmo da envergadura da internação; não tem-se como conceber que até os 14 (quatorze) anos a mesma pessoa não teria capacidade de entender o cunho sexual dos atos que vier a praticar.⁷³

Portanto, notável discrepância entre as disposições do CP (que apesar de ser datado de 1.940, foi reformado na parte dos crimes em comento em 2.009) e do ECA/1.990.

Esta aporia está longe de ser meramente teórica e abstrata, mas pode ter implicações reais e sociais bastantes significativas diante da situação do Estupro Bilateral.

Tal “tipo” de Estupro ocorre quando duas pessoas menores de 14 (quatorze) anos, mas maiores de 12 (doze) anos de idade consensualmente mantêm contato sexual entre si. Pois diante deste caso ilustrativo e bastante corriqueiro, simultaneamente as pessoas em questão iriam responder pelo ato infracional correspondente ao “Estupro de Vulnerável” já que tiveram contato sexual com menor de 14 (quatorze) anos.

Ou seja, iriam responder por terem mais de 12 (doze) e terem incidido como sujeitos ativos de um ato infracional correspondente a um crime cujo sujeito passivo é ser menor de 14 (quatorze) anos. Uma incongruência bastante gritante que chega às raias do absurdo e da falta de lógica objetiva.

A utilização dos tradicionais critérios de resoluções de antinomia como Critério Hierárquico, Critério Cronológico e Critério da Especialidade não resolvem inteiramente a questão.

Pois facilmente poderia ser afirmar que por estar o ECA/90 no mesmo grau hierárquico do CP/40 (Lei federal) e ser posterior e tratar de assunto específico em relação ao mesmo, teria prevalência, mas não é isto que se verifica, pois o ECA, em seu Art. 104 *caput* determina a inimputabilidade penal até os 18 (dezoito) anos,⁷⁴ tal como o CP/40, apenas separando a gravidade das medidas de acordo com uma questionável classificação entre crianças e adolescentes, mas nada dispõe da idade em específico de 14 (quatorze) anos.

Conclusão

Diante de todo o exposto perceptível que a utilização de um critério etário/biológico na auferição de crimes sexuais reveste-se de incontáveis conflitos com princípios e características do Estado Democrático de Direito notadamente com o viés da Dignidade da Pessoa Humana.

Permitir que um sistema deste jaez continue incidindo na vida das pessoas seria uma afronta a toda construção (muitas vezes travadas mediante sangrentas lutas)⁷⁵ aos Direitos Humanos e da consolidação da verdadeira Democracia.

Urge re-pensar a adoção de outros critérios como o Bio-Psicológico, que além da idade leva em consideração outros fatores, tais como, a maturidade emocional dos envolvidos, o desenvolvimento mental dos mesmos, a cultura da época e do local em específico onde o ato sexual ocorreu, os motivos que o engendraram e as conseqüências advindas de tal prática.

Por outro lado, permitir tamanha flexibilização, embora seja o mais tecnicamente correto, ou seja, julgar caso a caso, com as particularidades de cada qual, se não houver uma mudança de postura dos membros do Poder Judiciário e nem o maciço investimento em profissionais de outras áreas tais como, psicólogos, por exemplo; pode-se imperar a discricionariedade por parte de magistrados.

Ocorre que é mais simples enquadrar todas as particularidades de um caso em uma faixa etária e julgá-los todos igualmente, ainda que as diferenças sejam gritantes (exemplo do namorado de 18 (dezoito) anos com a namorada de 13 (treze) anos e o indivíduo que mediante violência tem conjunção com uma criança de 8 (oito) anos).

Ademais, o Estado brasileiro encontra-se sucateado e investir em profissionais capacitados que poderiam tecnicamente fornecer os critérios para um julgamento fundamentado e coadunado com a realidade social e os demais princípios que instruem e norteiam o Estado Democrático de Direito, seria muito oneroso e este custo o Estado também não faz esforço em estabelecer em suas administrações de recursos financeiros.

Em último caso, embora não seja a solução mais adequada, vez que continuaria a produzir os mesmos problemas, apenas mudando o marco etário divisório para incidência do critério biológico, estabelecer a vulnerabilidade até os 12 (doze) anos de idade evitaria, ao menos, a grotesca figura jurídica do Estupro Bilateral.

Notas

¹ **Art. 224.** Presumi-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 resistência. (BRASIL. **Código Penal.** 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 71).

² GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais:** é de presunção absoluta. (*juris et de iure*). ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 152 p.

³ GOMES, op. cit. é de presunção relativa. (*iuris tantum*).

⁴ **Art. 217-A.** Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

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

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

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (BRASIL. **Código Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98).

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual - comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009:** introdução. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 124 p.

⁶ CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade Sexual** - comentários aos novos crimes do título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela lei 12.015/2009. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 109 p.

⁷ DIMOULIS, Dimitri. (Dir) et al. **Dicionário brasileiro de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007. 401 p.

⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual: a sexualidade humana e o direito**. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 193 p.

⁹ BÁRTOLI, Márcio. Capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. **Revista dos Tribunais**, v. 678. 1992. p. 28.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ GRECO, op. cit.

¹⁴ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito: a dimensão sociológica do direito**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 438 p.

¹⁵ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica – introdução a uma leitura externa do direito: conflitos, integração e mudanças sociais o papel das normas jurídicas**. 4 ed. rev. atualiz. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 316 p.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Palestra ministrada pelo Dr.º André Estefam com o tema: **Crimes contra a dignidade sexual**, proferida em 20 de outubro de 2010, na IX Semana de Estudos Jurídicos da UNISAL – “Solidariedade e Direito” no campus Maria Auxiliadora, Unidade de Americana/SP.

¹⁸ SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao direito penal – criminologia, princípios e cidadania: princípios limitadores do direito penal**. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 240 p.

¹⁹ Idem.

²⁰ CHAUI, Marilena. **Repressão sexual: essa nossa (des) conhecida**. 6. ed. São Paulo Brasiliense, 1984. 237 p. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/79324937/Marilena-Chaui-Repressao-Sexual-essa-nossa-des-conhecida>. Acesso em: 01.º set. 2012.

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ DARGÉL, Alexandre Ayub. **Presunção de Violência por Motivo Etário nos Crimes Sexuais: Uma crítica interdisciplinar**. 2006. 107 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade civil. Reapresentação do tema. Princípios gerais. In: _____. **Direito civil - responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.

²⁵ **Art. 18.** Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (BRASIL. **Código Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59).

²⁶ CAPEZ, Fernando. O tipo penal nos crimes dolosos e o tipo penal nos crimes culposos. In: _____. **Curso de direito penal – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

²⁷ Idem: Fato típico.

²⁸ Idem.

²⁹ **Art. 1.º** Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL. **Código Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53).

³⁰ **Art. 5.º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19).

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais: os direitos fundamentais e sua evolução histórica**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 232 p.

³² Artigo XI

(...)

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 01.º set. 2012.

³³ Gomes, op. cit. Limites Constitucionais das presunções em direito penal.

³⁴ Idem.

³⁵ DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos – introdução prática às relações entre direito, moral e justiça**: Punir ou perdoar os crimes de uma ditadura? Sobre a “justiça de transição.” 2. ed. rev. atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 94 p.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**: regime jurídico administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 875 p.

³⁹ DIMOULIS, Dimitri. (Dir) et al. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 401 p.

⁴⁰ **Art. 5.º In omissis**:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20).

⁴¹ DIMOULIS, Dimitri. (Dir) et al. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 401 p.

⁴² GOMES, op. cit.

⁴³ Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1.948**. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 01.º set. 2012.

⁴⁴ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito público internacional**: ser humano no direito internacional. São Paulo: Saraiva, 2009. 916 p.

⁴⁵ **Art. 156**. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

(...). (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46).

⁴⁶ GOMES, op. cit.

⁴⁷ **Art. 5.º In omissis**:

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19-20).

⁴⁸ SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena no Estado democrático de direito**. ed. Porto Alegre: SAFE, 2006. 359 p.

⁴⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Lei de execução penal (Lei n. 7.210, de 11-7-1984). In: _____. **Legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2. p. 5-182.

⁵⁰ **Art. 5.º** Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. (BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 01.º set. 2012).

⁵¹ GOMES, op. cit.

⁵² Idem.

⁵³ SMANIO, op. cit.

⁵⁴ ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: dos crimes contra a liberdade sexual. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 168 p.

⁵⁵ DIMOULIS, Dimoulis (Dir) et al. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 401 p.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ **Art. 1.º** São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

(...)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º)

(...). (BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 1.º set. 2012).

⁵⁸ FULLER, Paulo Henrique Aranda. Lei de dos crimes hediondos (Lei n. 8.072, de 25-7-1990). In: _____. **Legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p. 369-457.

⁵⁹ ESTEFAM, op. cit.

⁶⁰ **Art. 1.º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...). (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15).

⁶¹ DIMOULIS, Dimoulis. (Dir) et al. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 401 p.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana**. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152 p.

⁶³ Idem.

⁶⁴ NADER, op. cit.

⁶⁵ SMANIO, op. cit.

⁶⁶ BRASIL. **Código Penal**. Exposição de Motivos – Parte Especial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39).

⁶⁷ ESTEFAM, op. cit.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ **Art. 5.º** *In omissis*:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 16-17).

⁷¹ **Art. 2.º** 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. (BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01.º set. 2012.

⁷² ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial: criança e adolescente – Lei n. 8.069/90**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 631 p.

⁷³ GOMES, op. cit.

⁷⁴ **Art. 104**. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. (BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01.º set. 2012.

⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 577 p.

Referência

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 631 p.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito público internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009. 916 p.

BÁRTOLI, Márcio. Capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. **Revista dos Tribunais**, v. 678. 1992.

BRASIL. **Código Penal**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01.º set. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01.º set. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 01.º set. 2012.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade Sexual - comentários aos novos crimes do título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela lei 12.015/2009**. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 109 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

CHAUÍ, Marilena. **Repressão sexual essa nossa (des) conhecida**. 6. ed. São Paulo Brasiliense, 1984. 237 p. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/79324937/Marilena-Chaui-Repressao-Sexual-essa-nossa-des-conhecida>. Acesso em: 01.º set. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 577 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 875 p.

DIMOULIS, Dimitri. (Dir) et al. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 401 p.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciante invejoso – introdução prática às relações entre direito, moral e justiça**. 2. ed. rev. atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 94 p.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 168 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 232 p.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Lei de dos crimes hediondos (Lei n. 8.072, de 25-7-1990). In: _____. **Legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p. 369-457.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 152 p.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 193 p.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Lei de execução penal (Lei n. 7.210, de 11-7-1984). In: _____. **Legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2. p. 5-182.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 438 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual - comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009**. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 124 p.

Palestra ministrada pelo Dr.º André Estefam com o tema: **Crimes contra a dignidade sexual**, proferida em 20 de outubro de 2010, na IX Semana de Estudos Jurídicos da UNISAL – “Solidariedade e Direito” no campus Maria Auxiliadora, Unidade de Americana/SP.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1.948**. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 01.º set. 2012.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica – introdução a uma leitura externa do direito**. 4 ed. rev. atualiz. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 316 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152 p.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao direito penal – criminologia, princípios e cidadania**. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 240 p.

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena no Estado democrático de direito**. ed. Porto Alegre: SAFE, 2006. 359 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.