

## **CRIMES SEXUAIS: A FIGURA DA MULHER, DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

### **SEXUAL CRIMES: A FEMALE FIGURE, THE CHILD AND THE ADOLESCENT**

Carolynne Alves de Oliveira<sup>1</sup>

Wendell Luís Rosa<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O presente artigo busca analisar os crimes sexuais, em especial o estupro, o assédio sexual e o estupro de vulnerável, em face de figuras específicas, tais quais a mulher, a criança e o adolescente. Estudando nuances sobre o tema, como as elementares do tipo, os polos ativos e passivos, bem como pontos que levam discussões acerca dos fatos. O mesmo visa esclarecer pontos divergentes, e explanar a tipificação dos delitos, bem como destacar situações em que as vítimas desses estão sujeitas. Por meio do estudo da Lei, de jurisprudência, doutrinário e de demais artigos. Utilizando de temas atuais, como os transexuais vítima da conjunção carnal.

**Palavras-Chave:**Crimes Sexuais- Mulher- Criança- Adolescente

#### **ABSTRACT**

In this article we propose analyse sexual crimes, especially rape, sexual harassment and rape of vulnerable, in face of specific figures, such as woman, the child and the adolescent. Studying nuances on the subject, such as elementary type, active and passive poles, as well as points that lead to discussions about the facts. The same aims to clarify divergent points, and explain the typification of crimes, as well as highlight situations in which the victims of these are subject. Through the study of the Law, jurisprudence, doctrinal and other articles. Using current themes such as transsexuals victim of carnal conjunction.

**Keyword:**Sexual crimes- woman- child-adolescent

---

<sup>1</sup>Graduanda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto, Estagiária do Ministério Público de São Paulo. E-mail: Carol.aloliveira@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Graduado em Direito pela Universidade de Franca - Unifran. Docente da Universidade de Ribeirão Preto e da Unifran. Email: wendell\_yah@yahoo.com.br

## 1. Introdução

O direito deve se adequar a sociedade que o precede, isso é, seus ditames e normas devem atender a necessidade da sociedade que o enquadra, sofrendo assim por diversas transformações e adequações ao longo do tempo.

Sendo assim, os tipos penais trazidos pelo Código Penal e leis especiais devem focar na importância do bem jurídico a ser tutelado, isso é, trazer em si fatos e situações inerentes e primordiais a sociedade que o aplica. Com isso, diversos delitos do passado não fazem mais sentido na sociedade de hoje.

## 2. Crimes contra a dignidade sexual

Os crimes contra a dignidade sexual sofreram uma evolução ao longo do tempo, já que antes eram tidos como crimes contra os costumes, graças às modificações da sociedade, a mudança de costumes, necessidades, liberdade de se discutir assuntos antes vistos como tabus, a desconstrução de preconceitos e muito mais. “[...] a violência dos crimes sexuais deve ser totalmente desvinculada de todo e qualquer aspecto moral, pois estes atingem mormente a personalidade humana e não os costumes”.<sup>3</sup>(CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal, p.436).

Antes da Lei nº. 12.015 de 2009, o bem jurídico tutelado era a moral pública sexual, que era baseada em uma sociedade machista e patriarcal. Atualmente se protege a dignidade sexual, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, preceito constitucional. Tutela-se o livre consentimento e a liberdade de se dispor do próprio corpo, no caso dos maiores de 18 anos e o desenvolvimento sexual e psicológico dos infanto-juvenis.

Protege muito mais do que a antiga lei, já que a mesma resguardava a pureza e a virgindade feminina, após a mudança houveram alterações dos sujeitos, com sua ampliação, tendo a figura de crimes que tutelam a exploração sexual infantil e o ambiente de trabalho.

Destacam-se figuras principais desses crimes, a criança, o adolescente e a mulher, que estão presentes, na maioria dos casos, no pólo passivo desses crimes. Isso tudo provindo da fragilização e objetivação das curvas femininas e dos corpos infantis. Os tipos penais devem tutelar os fatores primordiais a sociedade e, indispensáveis para uma vivência pacífica.

### 3. Crimes sexuais contra mulher

#### 3.1. Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos § 2º Se da conduta resulta morte:

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

A cultura do estupro está intrínseca na sociedade, e coloca a mulher em uma situação de medo e receio de ser dona de si e do próprio corpo, pois muitas vezes se encontra em ambientes em que é subjugada pelo “poder” do homem.

Esse delito é tipificado no artigo 213 do Código Penal, sendo trazido pelos seguintes dizeres: “ Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso”. Vai de encontro à faculdade de livre escolha do parceiro e a liberdade sexual, já que a vítima é coagida a ter uma conduta tipicamente sexual, contra sua vontade.

Nova tipificação trazida pela Lei nº. 12015-09, que foi a junção de outros dois tipos penais, sendo eles o estupro, que se remetia a conjunção carnal (sexo transvaginal) e o atentado violento ao pudor, demais atos libidinosos (coito anal, felação entre outros).

Como traz a melhor jurisprudência o delito de estupro também se caracteriza pela prática de ato libidinoso, desde que visando a satisfação do prazer sexual.

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CRIMINAL QUE MANTEVE CONDENAÇÃO. DIVERGÊNCIA. ESTUPRO. ATO LIBIDINOSO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. OCORRÊNCIA DO DELITO. 1) **O estupro também se caracteriza com a prática de ato libidinoso, considerado como aquele voltado para satisfazer o prazer sexual**, incluindo-se, portanto, o beijo voluptuoso. 2) Nos crimes contra os costumes, ocorridos na clandestinidade, o depoimento da vítima ganha relevância, mormente quando harmônicos com as demais provas produzidas. 3) Embargos não provido.

(TJ-AP 00019185820128030002 AP, Relator: Desembargador CARLOS TORK, Data de Julgamento: 11/12/2014, SECCÃO ÚNICA)

#### 3.2. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

O antigo tipo penal trazia no polo passivo apenas a figura da mulher, agora configura-se como vítima tanto a mulher, quanto o homem, como diz Rogério Greco “não importa se o sujeito passivo é do sexo feminino, ou mesmo do masculino, que, se houver o constrangimento com a finalidade prevista no tipo penal do art. 213 do diploma repressivo, estaremos diante do crime de estupro”<sup>4</sup>.

Com isso, trata-se de um crime comum, não exigindo qualquer característica específica dos sujeitos, admitindo que qualquer pessoa possa ser autor ou vítima do mesmo. Nada há que se falar, também, na opção sexual dos envolvidos, sendo irrelevante versar sobre uma relação homossexual ou heterossexual.

As únicas figuras exclusas desse tipo penal são aquelas tuteladas pelo artigo 217-A do mesmo diploma, que prevê a proteção do vulnerável, sendo esse o menor de 14 anos, pessoa acometida 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, como traz o dispositivo.

Esse delito abrange a figura do coautor e do partícipe, sendo aquele que auxilia na execução desse, ou que auxilia moralmente, como por exemplo, segura a mulher para ser abusada, ou influência o agressor a escolher a vítima, respectivamente.

### **3.3 Violência e Grave Ameaça**

Para sua configuração é imprescindível a presença da elementar violência, forçar fisicamente a vítima a prática do ato, com empurrões, tapas, amarras, por exemplo, ou, ainda da grave ameaça, forçar psicologicamente a vítima, ameaçando seu bem-estar ou de terceiro. A conduta do autor não precisa necessariamente ser ativa, podendo ser passiva, por exemplo, o agente obriga dois indivíduos a manterem relação sexual.

A ação é penal pública condicionada à representação, tratando-se de crime hediondo. O mesmo é sujeito a segredo de justiça, para supostamente proteger a privacidade da vítima.

Caso se obrigue terceiro a assistir à relação sexual tem a tipificação do crime de constrangimento ilegal, sendo a vítima menor de 14 anos tipifica-se o delito de satisfação de

lascívia mediante presença de criança ou adolescente. Não é necessário que tenha a satisfação da lascívia, podendo ser usada como meio de obtenção de vingança.

### **3.4. Consumação e Tentativa**

No tipo penal ocorre a previsão de duas condutas distintas, sendo uma a conjunção carnal, que é a prática sexual que resulta na introdução total ou parcial do pênis na vagina, não se pressupõe a ejaculação, nem a obtenção de prazer pelo autor, bastando a introdução para a consumação dessa conduta.

Ou ainda, por ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sendo nesse caso, toda conduta sexual diversa do sexo vaginal, como por exemplo, felação, sexo oral, sexo anal, masturbação, entre outros.

Um dos temas em foco na atualidade, em relação ao pólo passivo desse delito, são as mulheres transexuais, sendo as que nasceram com o sexo biológico masculino, e que em alguns casos passam por cirurgia de redesignação de sexo, cabendo nesse caso a prática da conjunção carnal, uma vez que pode ocorrer o sexo vaginal. Bem como em relação aos homens trans, isso é aqueles que nasceram com o sexo biológico feminino e não se submeteram ao procedimento, visto que também possuem como órgão genital a vagina, havendo, também, o enquadramento da conjunção carnal.

Em muitos desses casos, tratando-se de homens trans, o estupro muitas vezes vem carregado de um caráter “corretivo e punitivo”, isso é, o autor do fato violenta sexualmente a vítima, buscando leva-la a aceitar seu sexo biológico, como bem se destaca na reportagem de Neto Lucon, transcrita abaixo: “[...] afirma que apesar de carecer de dados a violência sexual contra homens trans é comum e segue padrão “corretivo”, quando o agressor acha que vai mudar a identidade de gênero ou a orientação sexual da vítima”.

Por ser um crime plurissubsistente é passível de tentativa, em razão de possuir um iter criminis, sujeito a fracionamento na fase executória, contudo a desentendimento doutrinário a cerca do que seria a tentativa, para Rogério Greco, o toque preliminar, como a retirada de roupas da vítima ou o toque nas coxas que precedem a penetração se forem interrompidos por vontade alheia, constituem tentativa. Já o entendimento de Damásio de Jesus é diverso, visto que haveria a tentativa quando o autor é interrompido, contra sua vontade, nos atos de violência e/ou grave ameaça, o que se mostra o mais adequado, uma vez que o tipo penal admite ato libidinoso diverso da conjunção carnal, enquadrando qualquer conduta que busca satisfazer a lasciva do sujeito ativo.

### 3.5. Crime Hediondo

De acordo com o artigo 1º da Lei 8072/90 são considerados crimes hediondos aqueles contidos em seu rol, estando no inciso V o delito de estupro, bem como em seu inciso VI o estupro de vulnerável. A caracterização do crime hediondo permanece até na tentativa.

Esses delitos são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, bem como são inafiançáveis. As penas são cumpridas inicialmente em Regime Fechado, o que conforme melhor jurisprudência, não é tido como inconstitucional, sendo tido como inconstitucional apenas a vedação da progressão da pena.

EMBARGOS INFRINGENTES. CONDENAÇÃO POR ESTUPRO. REGIME PRISIONAL. PROGRESSÃO. 1. ESTABELECIDO A PENA DEFINITIVA EM QUANTIDADE IGUAL OU INFERIOR A OITO ANOS DE PRISÃO, PERMITE-SE A FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO PARA SEU CUMPRIMENTO. TRATANDO-SE, PORÉM, DE CRIME HEDIONDO, PREVALECE, COMO REGRA, O INICIAL FECHADO, UMA VEZ QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL O § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 APENAS NO QUE CONCERNE À PROGRESSÃO NELE VEDADA. 2. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA ESTABELEECER O REGIME INICIAL FECHADO.

(TJ-DF - EIR: 184358719998070001 DF 0018435-87.1999.807.0001, Relator: GETULIO PINHEIRO, Data de Julgamento: 21/05/2007, Câmara Criminal, Data de Publicação: 14/06/2007, DJU Pág. 176 Seção: 3)

### 3.6. Assédio Sexual

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. (VETADO)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Delito acrescido pela lei nº 10.224/01, e seu parágrafo segundo foi implementado na lei nº12.015/09. Diante de sua difícil constatação é alvo de grandes críticas, já que o direito não pode e não deve atender situações excepcionais, dada sua natureza de extrema ratio.

O seu tipo penal traz o seguinte texto: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.”, artigo 216-A do Código Penal.

Aqui não se faz necessário a presença das elementares violência ou grave ameaça, já que a ameaça seria dirigida ao cargo, emprego ou função. Tutela a liberdade sexual, a liberdade de exercício do trabalho e o direito de não ser discriminado. O crime é cometido visando à obtenção de vantagem ou favorecimento sexual, para si ou para outem.

Trata-se de um crime de forma livre, isso é, não exige uma conduta específica para sua configuração, como por exemplo o delito anteriormente tratado, que estipulava a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso para sua tipificação, dificultando, ainda mais, o enquadramento desse na prática forense, uma vez que permite um “leque” extenso de formas para sua execução, gerando uma insegurança jurídica.

Esse tipo penal, para o leigo, possui um entendimento diverso do que o estipulado em lei, pois para esse qualquer prática com teor sexual seria configurada no assédio sexual, não havendo previsão da relação de emprego, em que se tem uma superioridade hierárquica ou de ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

### **3.7. Sujeito Passivo e Sujeito Ativo**

O fato típico descrito trata-se de um crime próprio, uma vez que exige figuras específicas e próprias, estando inserido dentro de uma relação de subordinação, em virtude de um espectro trabalhista ou administrativo, conforme destacado por Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini.

O sujeito Ativo deve estar em uma posição de superioridade hierárquica ou de ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, enquanto o sujeito passivo deve estar em uma posição inferior a essa cadeia hierárquica, havendo, assim, receio quanto a posição do auto em face da sua.

O delito não é passível em relações entre professor e aluno, uma vez que não caracteriza-se uma relação de emprego, cargo ou função, ou ainda em uma relação entre líder espiritual e o fiel, visto que recai sobre a mesma posição do caso descrito.

Nele o homem também pode figurar no passivo, contudo são raríssimos os casos em que o mesmo se encontra nesse lugar. Já que mais uma vez o gênero feminino é oprimido pelo sistema patriarcal e machista. Aqui estamos diante de duas espécies de opressão, sendo uma de gênero, quando temos como vítima a mulher, e outra em relação a inferioridade na relação de emprego.

### **3.8. Superior Hierárquico ou Ascendência Inerentes ao Exercício de Emprego, Cargo ou Função**

Aspectos elementares do tipo, o que o tornam um crime próprio, visto que exige características inerentes aos sujeitos, sendo que com a ausência dessas nada há que se falar em assédio sexual.

Superior Hierárquico contextualiza-se no âmbito da administração pública, diante de uma relação em que há um sujeito dotado de poder, sujeito ativo, e o indivíduo subordinado a ele, sujeito passivo, não se aplica ao setor privado.

Já a Ascendência Inerentes ao Exercício de Emprego, Cargo ou Função situa-se tanto no âmbito público ou privado, visto que no caso de emprego, que versa sobre relação trabalhista, há um empregado, que “vende” sua força de trabalho em troca de remuneração, e aquele que paga por essa, estamos, assim, diante do setor privado.

### **3.9. Danos Morais**

Diante da configuração do delito de assédio sexual é passível de condenação em danos morais, na esfera trabalhista, uma vez que no artigo 223-C da Consolidação das Leis Trabalhistas, tutela-se no dano extrapatrimonial a sexualidade, de acordo com a melhor jurisprudência, a vítima do referido crime faz jus a essa indenização.

"DANO MORAL. ASSEDIO SEXUAL. CONVITE REJEITADO SEGUIDO DE DESPEDIDA. Comprovado nos autos o assédio sexual por testemunha conduzida pela reclamante sem contraprova que pudesse ter produzido a reclamada, ter sido convidada para sair à noite, no posto de trabalho, por preposto da empresaresponsável por conduzi-la ao local em que prestaria seus serviços e fiscalizaria as tarefas realizadas, sob alegação de que se recusando seria dispensada, tendo se negado e, no dia seguinte, após esse preposto ter brigado com a autora, sido dispensada pelo supervisor. Faz jus à indenização por danos morais em razão do assédio perpetrado por superior hierárquico, constringendo a autora porque detinha o poder de manter íntegro o pacto laboral, o poder de lhe possibilitar prosseguir trabalhando e percebendo salários, dos quais necessitava para fazer frente às suas despesas. Recurso provido."

(TRT-2 - RECORD: 1715200504702005 SP 01715-2005-047-02-00-5, Relator: SÔNIA APARECIDA GINDRO, Data de Julgamento: 25/05/2010, 10ª TURMA, Data de Publicação: 07/06/2010)

A justiça compete para julgar essa ação é a Justiça Trabalhista, em razão de se tratar de uma relação trabalhista, independentemente do teor criminal, já que esse será tratado na Justiça Comum, conforme relatado pelo STJ em um conflito de competência.

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E TRABALHISTA. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL EM AMBIENTE DE TRABALHO. EMPREGADO DOMÉSTICO. 1. **Compete à Justiça Trabalhista processar e julgar ações de compensação por danos morais decorrentes de assédio sexual** praticado contra empregado doméstico em seu ambiente de trabalho, ainda que por parte de familiar que nesse não residia, mas que praticou o dano somente porque a ele livre acesso possuía. 2. Na configuração do assédio, o ambiente de trabalho e a superioridade hierárquica exercem papel central, pois são fatores que desarmam a vítima, reduzindo suas possibilidades de reação. 3. Nas relações domésticas de trabalho há hierarquia e subordinação não apenas entre a pessoa que anota a Carteira de Trabalho e Previdência Social e o empregado doméstico, mas também na relação desse com os demais integrantes do núcleo familiar. 4. Conflito conhecido para o fim de declarar a competência do JUÍZO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE JAÚ - SP, juízo suscitante.

(STJ - CC: 110924 SP 2010/0041857-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/03/2011, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/03/2011) (grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL ORIUNDO DE ASSÉDIO SEXUAL EM AMBIENTE DE TRABALHO. PRESTADORA DE SERVIÇOS QUE É DEMITIDA E RECONTRATADA POR DETERMINAÇÃO DO TOMADOR DE SERVIÇOS. RELAÇÃO DE TRABALHO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. - **Compete à Justiça Trabalhista processar e julgar ações de indenização por danos morais decorrentes de assédio sexual praticado em ambiente de trabalho**, onde as partes envolvidas estão em níveis hierárquicos diferentes, mesmo que se trate de vítima que trabalhe por meio de empresa terceirizadora de serviços e que a ação seja ajuizada contra a pessoa do superior hierárquico. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Jundiaí, Estado de São Paulo. (grifo nosso)

(STJ - CC: 78145 SP 2006/0280753-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/08/2007, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 03/09/2007 p. 116)

#### **4. Crimes Sexuais contra a Criança e o Adolescente:**

No caso da criança e do adolescente deve trazer em foco a pedofilia, que é conceituado da seguinte forma pela CID 10-F65. 4:” Perversão que leva um indivíduo adulto a se sentir sexualmente atraído por criança, quer se do sexo feminino ou masculino, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade”. Trata-se de uma doença classificada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

O Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais traça três quesitos para definir uma pessoa como pedófila, sendo esses:

I-experiências pessoais recorrentes, fantasias sexuais e desvios de comportamento envolvendo atividade sexual com uma criança pré-púbere (geralmente com idade igual ou inferior a 13 anos) por um período mínimo de seis meses;

II-fantasias e comportamentos sexuais que causam dificuldade ou incapacidade de exercer as funções diárias em áreas sociais, profissionais, dentre outras;

III-O pedófilo ter, pelo menos, 16 anos, ou ser 5 anos mais velho que a vítima.

A psicologia busca traçar o perfil do pedófilo, contudo não se tem um consenso sobre o mesmo, o que se tem são traços comuns, como a ludibriação da criança para conquistar sua confiança, por meio de brincadeiras, presentes e outras coisas. É muito raro o uso de violência ou grave ameaça nesses casos.

#### 4.1. Estupro de Vulnerável

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

O Código Penal prevê a figura do estupro de vulnerável, que tem como vítima o menor de 14 anos, o doente ou enfermo mental e aquele que por qualquer motivo não pode oferecer resistência, aqui não se faz necessária à presença de violência ou grave ameaça. Para os menores de 14 anos e enfermos ou doentes mentais o consentimento não é válido, conforme entendimento do STJ.

Estupro (caso). Vítima menor de catorze anos (presunção absoluta de violência). Consentimento da vítima (irrelevância). 1. Com a ressalva do ponto de vista do Relator, a jurisprudência do Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o consentimento da vítima menor de 14 anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro. 2. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 740344 PR 2005/0056898-4, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 15/12/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2010)

A ação penal é pública incondicionada, o que diferencia-se do delito de estupro do artigo 213 do mesmo diploma, já que esse se sujeita a representação.

O simples ato de se ter relação sexual com um menor de 14 anos, já configura o crime, pois esse não tem discernimento suficiente para oferecer o seu consentimento.

Nesse encontra-se o enquadramento da externalização do desejo sexual do pedófilo, já que por se tratar de uma parafilia, transtorno sexual e da identidade de gênero, não é punida penalmente, por simplesmente existir.

O bem jurídico tutelado nesse caso é o livre desenvolvimento sexual e psicológico do infante-juvenil. Já que esses estão em uma situação de inferioridade perante a sociedade, pois muitas vezes não sabem se defender e tem sua pureza corrompida por aproveitadores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente pune a pornografia e a exploração infantil, em seus artigos 240,241,241-A,241-B,241-C,241-D e 241-E, que é muitas vezes utilizada como “recreação” para os pedófilos. Já que a internet é um meio facilitador para o cometimento de certos crimes, pois nela se encontra uma segurança no anonimato. Os crimes que se dão nesse meio são tidos como cibercrimes.

#### **4.2. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo**

O delito em questão trata-se de crime comum, contudo diante do pólo passivo vislumbra-se certa especificidade, visto que exige uma vulnerabilidade da vítima, seja pela idade ou por uma fragilidade momentânea, como a capacidade de resistência comprometida, ou ainda a pessoa ser acometida por enfermidade ou deficiência mental, que reduza sua capacidade.

Contudo, sendo a enfermidade ou deficiência mental não percebida de plano, isso é, possui uma difícil constatação, nada há que se falar no delito, pois estamos diante de um fato atípico, conforme trazido por Damásio de Jesus.

Ao meu entender o mesmo é cabível no caso do menor de 14 anos, desde que esse apresente características de uma pessoa com idade superior, levando o agente a erro de tipo, uma vez que tem uma falsa percepção da realidade, o que acaba sendo muito comum nos dias atuais, já que os adolescentes tendem a amadurecer precocemente, em relação as antigas gerações, chegando a frequentar locais que, teoricamente, o acesso é restrito a pessoas maiores de 18 anos.

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA. ERRO DE TIPO. ABSOLVIÇÃO. Havendo efetiva dúvida quanto ao dolo do agente, não restando suficientemente claro nos autos se ele sabia a idade da vítima, tendo ela própria afirmado que aparentava ter mais idade do que realmente tinha, é de reconhecer o erro de tipo, que afasta o dolo, impondo a absolvição do acusado. EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS, E ACOLHIDOS. (TJ-GO - EI: 03468404720158090000, Relator: DR(A). FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 02/03/2016, SECAO CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2005 de 11/04/2016)

## 5. Projeto de Lei 5069 de 2013

Art. 127-A. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, induzir ou instigar gestante a usar substância ou objeto abortivo, instruir ou orientar gestante sobre como praticar aborto, ou prestar-lhe qualquer auxílio para que o pratique, **ainda que sob o pretexto de redução de danos**:

Pena: detenção, de quatro a oito anos.

§ 1º. Se o agente é funcionário da saúde pública, ou exerce a profissão de médico, farmacêutico ou enfermeiro:

Pena: prisão, de cinco a dez anos.

2º. As penas aumentam-se de um terço, se é menor de idade a gestante a que se induziu ou instigou o uso de substância ou objeto abortivo, ou que recebeu instrução, orientação ou auxílio para a prática de aborto."

O projeto de lei 5069/13, aprovado em 2013 na Comissão de Constituição e Justiça da câmara dos deputados, limita ainda mais o aborto em caso de estupro e acaba violentando essa vítima mais uma vez, pois diminui o acesso à pílula do dia seguinte e aos coquetéis que minimizam os riscos de contágio de doenças sexualmente transmissíveis, no atendimento médico.

Já que o tipo penal previsto no artigo 127-A do referido projeto, proíbe o auxílio ao aborto mesmo em situações de redução de danos, o que se enquadraria nos casos de gestação de vítimas de estupro.

## 6. Considerações finais

Os casos notificados são ínfimos em relação ao número real de vítimas desses tipos penais, graças ao medo de represálias advindas do estuprador e do próprio julgamento da sociedade, já que a maior parte desses tem como figurante do pólo ativo uma pessoa conhecida e em quem se confia o que quebra o estereotipo criado do “tarado sexual”.

Essas situações amplificam ainda mais a vulnerabilidade das vítimas, visto que se sentem temerosas em denunciar seus agressores, já que em muitas vezes são desacreditadas por familiares, e até por autoridades policiais.

As vítimas além de sofrer a violência sexual, sofrem uma violência moral, muitas vezes pelas próprias autoridades públicas, como no atendimento policial e até mesmo o médico, em que lhe são negados certos tratamentos por convicções religiosas desses e até de

seus responsáveis, no caso de menores. Em certos casos passam horas nas delegacias, sem nenhum tipo de amparo psicológico, podendo chegar a dividir o mesmo ambiente que o autor dos fatos.

As vítimas são constantemente banalizadas e marginalizadas, e essas acabam muitas vezes sendo penalizadas pelo sistema e pela sociedade muito mais do que o autor do crime, que pode ter sua atitude aceita e vangloriada pela sociedade, graças às amarras moralistas, machistas e até religiosas que estão presentes nessa.

## Referências

ANDRIGHI, Nancy. STJ - CC: 110924 SP 2010/0041857-0, Data de Julgamento: 14/03/2011, S2 - segunda seção, Data de Publicação: DJe 28/03/2011: Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18719372/conflito-de-competencia-cc-110924-sp-2010-0041857-0>>. Acesso em: 14/05/2018.

ANDRIGHI, Nancy. STJ - CC: 78145 SP 2006/0280753-3, , Data de Julgamento: 08/08/2007, S2 - segunda seção, Data de Publicação: DJ 03/09/2007 p. 116: Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8903245/conflito-de-competencia-cc-78145-sp-2006-0280753-3>>. Acesso em 15/04/2018.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte especial. 7ª edição. 2ª tiragem. Salvados, Bahia: Editora JusPODIVM.2015.

FARIA, Fabio Cristovao de Campos. TJ-GO - EI: 03468404720158090000, , Data de Julgamento: 02/03/2016, SECAO CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2005 de 11/04/2016. Disponível em:<<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339810767/embargos-infringentes-ei-3468404720158090000>>. Acesso em: 04/06/2018.

GINDRO, Sônia Aparecida. TRT-2 - record: 1715200504702005 SP 01715-2005-047-02-00-5, , Data de Julgamento: 25/05/2010, 10ª Turma, Data de Publicação: 07/06/2010: Disponível em: <[https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15293623/recurso-ordinario-record-1715200504702005-sp-01715-2005-047-02-00-5?ref=topic\\_feed](https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15293623/recurso-ordinario-record-1715200504702005-sp-01715-2005-047-02-00-5?ref=topic_feed)>. Acesso em: 14/05/2018.

GONGALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado: parte especial. 6ª edição. São Paulo: Saraiva 2016. Pág.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. 12ª edição. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2015. Volume 3. Pág.

JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte especial. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Volume 3.

LUCON, Neto. Homens Trans Sobreviventes de Estupro Participam de Projeto em que Contam o que Escutaram no Ataque. Disponível

em:<<http://www.nlucon.com/2017/04/homens-trans-sobreviventes-de-estupro.html?m=1>>. Acesso em: 03/06/2018.

NAVES, Nilson. STJ - AgRg no REsp: 740344 PR 2005/0056898-4,. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19151199/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-740344-pr-2005-0056898-4-stj>>. Acesso em:04/06/2018.

TORK, Carlos; Desembargador. TJ-AP 00019185820128030002 AP. Data de Julgamento:11/12/2014, secção única: <<https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381527632/19185820128030002-ap/inteiro-teor-381527637?ref=juris-tabs>> . Acesso em: 14/05/2018.

Submetido em 02.06.2019

Aceito em 03.12.2019