SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRUADUAÇÃO DIREITO

LUCAS BORGES DE ABREU FERREIRA

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM ANÁLISE: UM EXAME SOBRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMAE A INCIDÊNCIA DA SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRRIAS IMPLANTADAS

Bom Jesus do Itabapoana/RJ

2021

LUCAS BORGES DE ABREU FERREIRA

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM ANÁLISE: UM EXAME SOBRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMAE A INCIDÊNCIA DA SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRRIAS IMPLANTADAS

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Me. Braulio Brasil Almeida, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ

2021/02

LUCAS BORGES DE ABREU FERREIRA

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM ANÁLISE: UM EXAME SOBRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA E A INCIDÊNCIA DA SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS

Monografia aprovada em ____/____/_____ para obtenção do título de Bacharelado em Graduação de Direito.

Monografia avaliada em ___/___/

Formatação: ( ) _____

Nota final: ( ) _____

Comissão Examinadora

_____

Prof. Orientador
Braulio Brasil Almeida

_____

Prof. XXXXX
Coorientador ou Avaliador de Metodologia

_____

Prof. XXXXX
Avaliador de Conteúdo

_____

Prof. XXXXX
Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, XX (dia) de XXX (mês) de XXX (ano).

FERREIRA, Lucas Borges de Abreu. **O Estupro de Vulnerável em análise:** um exame sobre a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima e a incidência da síndrome das falsas memórias implantadas. 87. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2021.

RESUMO

O presente projeto faz referência ao conceito de vulnerabilidade à luz da jurisprudência dominante no país, bem como esclarece o porquê de ser necessário relativizá-la. Nesta toada, considerar o testemunho da vítima como único elemento para se prolatar a sentença pode gerar prejuízos ao acusado e, até mesmo, a responsabilização do Estado por erros e arbitrariedades. Destarte, o enfoque reside em apresentar os riscos que podem nascer a partir da condenação pautada exclusivamente na palavra da vítima, levando-se em consideração que, no crime de estupro de vulnerável, o sujeito passivo é pessoa menor de 14 anos, diga-se, facilmente manipulável. Além disso, o delito em apreço é classificado como sendo clandestino, ou seja, é praticado às escuras, raramente deixando vestígios. Notadamente, vislumbra-se que, nesses casos, o magistrado exercerá seu ofício pautando-se em elementos mínimos a fim de se buscar a verdade real. Somada a essa realidade, presencia-se, também, a possibilidade de a vítima fantasiar uma situação que, na realidade, não existiu. Nesse orbe, surge a necessidade de se refletir sobre até que ponto a presunção deve ser considerada absoluta, bem como a necessidade de equalizar os interesses do adolescente com as prerrogativas constitucionais e penais garantidas ao acusado. Diante desses fatores, emerge como tema proposto pelo presente projeto: “O estupro de vulnerável em análise: um exame sobre a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima e a incidência da síndrome das falsas memórias implantadas”.

Palavras-Chaves: Estupro de vulnerável; Presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima; Síndrome das falsas memórias implantadas.

FERREIRA, Lucas Borges de Abreu. **The Vulnerable Rape under analysis**: an examination of the absolute presumption of vulnerability of the victim and the incidence of implanted false memory syndrome. 87p. Course Completion Paper. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2021.

ABSTRACT

This project makes reference to the concept of vulnerability in light of the prevailing jurisprudence in the country, as well as clarifies why it is necessary to relativize it. In this vein, considering the victim's testimony as the only element to deliver the sentence can cause damage to the accused and, even, the accountability of the State for errors and arbitrariness. Thus, the focus is on presenting the risks that can arise from the conviction based exclusively on the victim's word, taking into account that, in the crime of rape of a vulnerable person, the taxpayer is a person under 14 years of age, say, easily manipulated. Furthermore, the crime in question is classified as clandestine, that is, it is carried out in the dark, rarely leaving any traces. Notably, it is glimpsed that, in these cases, the magistrate will exercise his office based on minimal elements in order to seek the real truth. Added to this reality, there is also the possibility of the victim fantasizing a situation that, in reality, did not exist. In this sphere, there is a need to reflect on the extent to which presumption should be considered absolute, as well as the need to balance the interests of the adolescent with the constitutional and criminal prerogatives guaranteed to the accused. Given these factors, the theme proposed by this project emerges: "The rape of the vulnerable under analysis: an examination of the absolute presumption of vulnerability of the victim and the incidence of the implanted false memory syndrome".

Keywords: Vulnerable rape; Absolute presumption of the victim's vulnerability; Implanted false memory syndrome.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

ECRIAD – Estatuto da criança e do adolescente

Febem – Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor

ONU – Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

Resumo
Abstract
Lista de Abreviaturas
INTRODUÇÃO 10
1 DE OBJETO DE DEVERES A SUJEITO DE DIREITOS: A CONSTRUÇÃO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NO DIREITO BRASILEIRO 13
1.1 O CÓDIGO IMPERIAL DE 1830 E A IMPUTABILIDADE EXCEPCIONAL DO MENOR 16
1.2 O CÓDIGO DE MELLO MATTOS DE 1927 E A DOUTRINA DO MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR 20
1.3 O CÓDIGO DE MENORES DE 1979 E A DOUTRINA DO MENOR EM SITUAÇÃO DE RISCO 26
1.4 A LEI 8.069/90 E A ADOÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 31
2 O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE SEXUAL E A DESCONSTRUÇÃO DA EXPRESSÃO "CRIMES CONTRA OS COSTUMES" 36
2.1 DA RUBRICA DOS "CRIMES CONTRA OS COSTUMES" E A REPERCUSSÃO DO ESTUPRO COMO CONDUTA VIOLADORA À MORAL PRIVADA 40
2.2 A GUINADA MODIFICACIONAL NO ÂMBITO PENAL: REFLEXOS DA LEI Nº 12.015/2009 E A ADOÇÃO DA LOCUÇÃO "DIGNIDADE SEXUAL" 43
2.3 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM QUALIFICAÇÃO: ANÁLISE SOBRE OS ELEMENTOS CONSTITUINTES DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL 48
3 OS EFEITOS DA SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL: REFLEXÕES SOBRE A PRIMAZIA DA PALAVRA DA VÍTIMA SOBRE O AGENTE DELITUOSO 52

3.1 A DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DA SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS..... 56
3.2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A ADOÇÃO DA PRIMAZIA DA PALAVRA DA VÍTIMA: REFLEXÕES À LUZ DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA..... 60
3.3 A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA E A INCIDÊNCIA DA SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS 65
CONCLUSÃO 73
REFERÊNCIAS 76

INTRODUÇÃO

Prefacialmente, percebe-se que não havia antigamente uma preocupação para com os direitos da criança e do adolescente, mas sim com a necessidade de se coibir práticas criminosas oriundas dessa parcela da sociedade. Nesta senda, a ausência de tutela jurídica conferida à criança perpassa os tempos, sendo verificada até mesmo na antiguidade, no seio das principais sociedades existentes, tais como: a egípcia, mesopotâmica, grega, romana, europeia e medieval.

Nesse contexto, A metodologia empregada no presente pautou-se na utilização do método científico dedutivo. Do ponto de vista da abordagem, a pesquisa apresenta natureza híbrida, convergindo os elementos típicos das propostas qualitativa e quantitativa. Além disso, do ponto de vista do objetivo, trata-se de uma pesquisa dotada de aspecto exploratório. No que se relaciona às técnicas de pesquisa, empregou-se a revisão de literatura sob o formato sistemático, tendo como pilar norteador para a seleção do material empregado a pertinência e aderência com o recorte temático estabelecido como central.

Em suma, o que se verifica é que o conceito de criança sofreu grande modificação no decurso da história. Partindo de uma definição mais simplista, a infância era definida como um estágio de formação humana em que a pessoa era tida como incompleta, ou seja, aquela que não tinha voz e que não possuía capacidade plena para se autodeterminar. Com o advento do século XX, tal conceito sofre grande variação, passando-se a considerá-la como um ser dotado de participatividade e que, por si só, merece ser compreendido e estudado separadamente dos outros grupos que compõem a sociedade.

Nesta senda, surgem dispositivos legais a fim de sacramentar os direitos da criança e do adolescente, por exemplo, o documento proferido pela Convenção sobre os Direitos da Criança, que fora ratificado pela conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1989. Nessa declaração certificou-se que criança é toda pessoa que detenha idade inferior a 18 anos. Caminhando nesse sentido, em 199 foi promulgado o Estatuto da Criança e do adolescente, visando conferir à criança e ao adolescente não somente os

direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, mas a proteção integral que garanta seu pleno desenvolvimento.

Considerando a necessidade de se reprimir os atos atentatórios à dignidade e liberdade sexuais, surge, a partir do Decreto-Lei Nº 2.848 de1940, a figura típico-penal do estupro de vulnerável, a fim de se garantir proteção jurídica não mais somente à mulher, mas também àqueles que são considerados absolutamente vulneráveis. Vulnerabilidade essa que vem sendo estendida aos menores de 14 anos e a todos os que não conseguem oferecer resistência à ação criminosa, em razão de alguma circunstância que lhes suprima tal capacidade.

Neste diapasão, por ser considerado um crime que raramente deixa vestígios, a fase de investigação e persecução penal do delito em comento se concentra especificamente na palavra da vítima, diga-se, pessoa menor de 14 anos. De fato, os profissionais da psicologia e os próprios juízes criminais são pessoas capacitadas para retirar o máximo de informações possíveis, no decurso do processo/procedimento criminal, sempre em busca da verdade real. É nesse cenário e, principalmente sob o fator de pressão, que surge a síndrome das falsas memórias implantadas.

Por ser um crime em que há a possibilidade de ocorrência dentro da própria residência do sujeito passivo, o procedimento criminal se socorre, por vezes, à palavra da vítima, sendo que, por diversas circunstâncias, o adolescente pode sofrer interferências externas, por exemplo, ser compelido pela família a dizer ou omitir informações. Consequentemente a essas intervenções externas, a falsa memória produz riscos para a pessoa do investigado. A instauração de uma investigação, por si só, é capaz de gerar uma condenação social que deixará um estigma eternamente marcado no nome do acusado, mesmo que esse seja absolvido criminalmente.

Caminhando nesse sentido, o presente trabalho faz referência ao conceito de vulnerabilidade à luz da jurisprudência dominante no país, bem como esclarece o porquê de ser necessário relativizá-la. Nesta toada, considerar o testemunho da vítima como único elemento para se prolatar a sentença pode gerar prejuízos ao acusado e, até mesmo, a responsabilização do Estado por erros e arbitrariedades. Destarte, o enfoque reside em apresentar os riscos que podem nascer a partir da condenação pautada

exclusivamente na palavra da vítima, levando-se em consideração que, no crime de estupro de vulnerável, o sujeito passivo é pessoa menor de 14 anos, diga-se, facilmente manipulável.

Notadamente, vislumbra-se que, nesses casos, o magistrado exercerá seu ofício pautando-se em elementos mínimos a fim de se buscar a verdade real. Somada a essa realidade, presencia-se, também, a possibilidade de a vítima fantasiar uma situação que, na realidade, não existiu. Nesse orbe, surge a necessidade de se refletir sobre até que ponto a presunção deve ser considerada absoluta, bem como a necessidade de equalizar os interesses do adolescente com as prerrogativas constitucionais e penais garantidas ao acusado.

Neste orbe, o primeiro capítulo visa apresentar a mudança de tratamento que fora conferida à criança e ao adolescente no decurso da história, tanto no aspecto social quanto no aspecto jurídico. Partindo da definição de um ser incompleto até a conquista da proteção integral, vários diplomas legais retrataram essas duas figuras de diversas maneiras.

Em continuidade, o segundo capítulo tem como finalidade demonstrar a modificação no objeto jurídico tutelado no delito de estupro. A partir da ideia de se infringir os costumes da sociedade em geral, com o avanço social, verifica-se a necessidade de se reconhecer a dignidade sexual da vítima.

Corroborando nesse sentido, tal capítulo aborda a expansão do sujeito passivo nesses casos, que agora não será visto com enfoque apenas na figura da mulher, mas também direcionado a toda e qualquer pessoa que não possa ofertar resistência ao ilícito penal em razão de alguma circunstância que o torne vulnerável.

Por fim, o terceiro capítulo objetiva abordar alguns conceitos acerca da síndrome das falsas memórias implantadas. Para além disso, demonstra a sua incidência nos casos de estupro de vulnerável, tendo em vista que em tais casos há a preponderância da primazia da palavra da vítima. Neste diapasão, visa apresentar, também, de que forma a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima pode gerar riscos aos direitos do acusado.

Diante desses fatores, emerge como tema proposto pela pesquisa: “O estupro de vulnerável em análise: um exame sobre a presunção absoluta de

vulnerabilidade da vítima e a incidência da síndrome das falsas memórias implantadas".

1 DE OBJETO DE DEVERES A SUJEITO DE DIREITOS: A CONSTRUÇÃO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NO DIREITO BRASILEIRO

Entre o período de 3.500 a.C. e 4.000 a.C., no qual foi descoberta a escrita, até o século V - marcado pelo começo da Idade Média -, não havia no orbe familiar uma ideia de proximidade formada entre os seus membros com base no afeto e no amor, mas tão somente eram ligados pela cultura estabelecida pela religiosidade. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Nesse contexto, havia uma ideia de soberania familiar que necessariamente deveria ser empenhada pelo pai, também visto como o chefe de família. Dito isso, verifica-se que, na Idade Antiga, a associação das famílias romanas possuía natureza jurídica de conexão estritamente religiosa. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

A noção de menoridade não existia nesse contexto: a criança estava submetida ao autoritarismo do pater família e, que o exercia de forma absoluta. Em caso de desobediência aos seus comandos, o pai detinha o direito de sentenciar o filho até mesmo à morte. (CUSTÓDIO JUNIOR, 2017, s.p.) Neste orbe, Paul Veyne retrata

> Os recém nascidos só vem ao mundo, ou melhor, só são recebidos na sociedade em virtude de uma decisão do chefe da família; a contracepção, o aborto, o enjeitamento das crianças de nascimento livre e o infanticídio do filho de uma escrava são,portanto, práticas usuais e perfeitamente legais. (VEYNE, 1994, p.23)

Evidentemente, o que existia no orbe dessa relação jurídica era a noção de um pai visto como parte proprietária de um filho, considerado uma simples res. Em suma, enquanto sob o domínio do pai, a criança devia total obediência, pois era considerada um objeto daquele vínculo pré-estabelecido pela religião. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Por outro lado, nesse mesmo momento histórico, a Grécia Antiga encontrava dificuldade para impor essa mesma relação no âmbito das famílias ali constituídas, notadamente porque sua organização geográfica era composta

de diversas cidades, cada uma com suas peculiaridades. Nesse contexto, a saúde da criança era enxergada como requisito de permissão para viver: caso o menor detivesse alguma doença, era eliminado após seu nascimento. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

De fato, evidencia-se que a criança era vista como um ser inferior. Nesta senda, Aristóteles a define como um ser irracional, em que sua intensidade beira à loucura. (LIMA, 2001, s.p). Caminhando nesse sentido, Áries associa a imagem do menor a uma ideia de dependência para com outro ser. Senão, veja-se

> Só se saía da infância ao se sair da dependência, ou, ao menos, dos graus mais baixos de dependência. Essa é a razão pela qual as palavras ligadas à infância iriam subsistir para designar familiarmente, na língua falada, os homens de baixa condição, cuja submissão aos outros continuava a ser total: por exemplo, os lacaios, os auxiliares e os soldados.' (ARIÈS, 1981, p.10)

Muito embora não houvesse um reconhecimento da criança e do adolescente como ser de direitos, diga-se, pessoa dotada de dignidade e proteção jurídica, nessa época foi possível verificar distinções biológicas entre os menores e os adultos (BERNARTT, 2009, p. 4)

> Havia, sucessivamente, idades em que as pernas não eram adequadas para caminhar; idade para a dentição (quando as pernas ainda eram fracas e as gengivas não se encontravam preenchidas pelos dentes);para a aquisição de força e dentição, para a produção de esperma e pêlos faciais (deixando escapar um foco nos meninos); e para a aquisição da força física e crescimento integral. (HEYWOOD, 2004, p.26)

Não diferente ao que ocorrera no decurso da história, havia na Antiga Grécia uma desigualdade de gênero no que tange ao ensino: enquanto as mulheres eram preparadas tão somente para as tarefas domiciliares e de reprodução, os homens eram treinados para algo mais, diga-se, para o exercício da cidadania. Percebe-se que, para o Estado, somente o homem era capaz de concretizar os direitos civis. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

O que se verifica é a existência de uma diferença de tratamento em cada cidade-Estado. Por exemplo, em Esparta, preparava-se a criança desde os

seus sete anos de idade para a guerra. O foco era a habilitação em seu aspecto físico, pouco importante o seu intelecto. Ou seja, o menor era afastado de seu lar, sendo submetido a uma doutrina militarizada, e, consequentemente, replicava-a. (VERONESE; RODRIGUES, 2001, p. 11).

Diferentemente, em Atenas o foco era outro: desde os seis anos de idade, a criança era empenhada em tarefas lúdicas e intelectuais. O objetivo era prepará-la para o convívio em sociedade, através da cultura e bons modos, sendo submetida ao serviço militar somente após os dezoito anos de idade. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Portanto, percebe-se que, nessa época, a criança não detinha direito algum. Até mesmo a sua sobrevivência dependia da anuência do pai, pouco importando as suas vontades. Em suma, verifica-se que não havia uma relação entre pai e filho, mas sim uma necessidade de adequadação do menor aos anseios do Estado. (CUSTÓDIO JUNIOR, 2017, s.p.)

Partindo de objeto de negócio jurídico, o menor começa a receber um tratamento diferenciado. Isso foi possível de ser observado primeiramente na diferenciação feita por Roma: nesse momento, a criança era púbere ou impúbere. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Ademais, com o advento da Idade Média, vislumbra-se o surgimento dos primeiros sistemas jurídicos que, devido ao contexto jusnaturalista vigente, foram fortemente influenciados pelo crescimento da religião. Em resumo, a vontade divina era replicada no contexto jurídico-social. (CUSTÓDIO JUNIOR, 2017, s.p.)

Pautando-se na ideia de que o ser humano é falho e submisso à autoridade religiosa e que para que a sua alma fosse liberta devia seguir os seus mandamentos, o Cristianismo defendeu a ideia de que todos eram dotados de dignidade, sendo estendida até mesmo às crianças. Nesse diapasão, a Igreja Católica passa a reconhecer a importância dos direitos das crianças: havia a previsão de punições para os pais nos casos de abandono. (CUSTÓDIO JUNIOR, 2017, s.p.)

Ocorre que, conforme determinavam os dogmas católicos, esses direitos que começaram a ser reconhecidos somente eram previstos às crianças concebidas no âmbito de um casamento estabelecido nos ditames da religião católica. Isso porque a igreja considerava os filhos impúberes como

atentatórios às crenças religiosas e, por isso, indignos de direitos. Com isso, esses menores deviam ser deixados à margem da sociedade, uma vez que iam de encontro ao modelo familiar pré-constituído pela religião. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Desse modo, percebe-se à época uma via de mão dupla: ao passo em que se avançava no sentido de reconhecimento de direitos das crianças, retrocedia-se ao estabelecer uma diferenciação entre os filhos que eram concebidos no seio do casamento e os que eram vistos como ilegítimos. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Caminhando no sentido de se reconhecer direitos básicos às crianças e aos adolescentes, em 1551 é fundado no Brasil o primeiro espaço para recepção de menores. Com intuito de afastar as crianças indígenas das tradições cruéis de seus pais e sob a administração dos jesuítas, esses espaços começam a sacramentar a primeira política pública de salvaguarda do ser em construção. Embora não houvesse nenhum diploma legal definindo os costumes tribais como uma infringência ao ordenamento jurídico, a Igreja se preocupava com a situação. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

No Brasil-Colônia, tendo em vista que os portugueses queriam dominar a população indígena que aqui habitava, encontraram a catequização como forma de solução. Através desses dogmas, as crianças eram doutrinadas de acordo com as tradições portuguesas e, consequentemente, repassavam as lições aos seus pais. Em contraponto, ainda nessa época a figura do pai como autoridade máxima familiar permitia violações nos direitos das crianças: caso o pai matasse o filho através de castigos a fim de educá-lo, era concebido ao seu favor uma exclusão de ilicitude. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

1.1 O CÓDIGO IMPERIAL DE 1830 E A IMPUTABILIDADE EXCEPCIONAL DO MENOR

O entendimento sobre maioridade e menoridade no Brasil passa a ter voz com o advento das ordenações à época do Brasil enquanto colônia. Nesta

senda, o primeiro diploma penal brasileiro a retratar o assunto consolidou-se através do livro V, das ordenações filipinas. Senão, veja-se seu título CXXXV:

> Quando os menores serão punidos pelo delictos, que fizerem.
> Quando algum homem, ou mulher, passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse.
> E se fôr de idade de dezaseteannos até vinte, ficara em arbitrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha.
> E em este caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circumstanciasdelle, e a pessôa do menor; e se o achar em tanta malicia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, postoque seja de morte natural.
> E parecendo-lhe que a não merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido.
> E quando o delinquente fôr menor de dezaseteannos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbitrio do Julgador de dar-lhe outra menor pena.
> E não sendo delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Commum. (LOPES, 2016, s.p.)

O código do Império, promulgado em 16 de dezembro de 1830, considerado também o primeiro diploma penal da América Latina, estabeleceu a imputabilidade na faixa etária de quatorze anos de idade completos. Inspirado no diploma penal francês de 1810, o código imperial brasileiro adotou o sistema biopsicológico para estabelecer a imputabilidade, ou seja, a aptidão do indivíduo de entender que o ato praticado é de fato um ilícito, somado à idade necessária para o exercício do jus puniendi por parte do Estado. (LOPES, 2016, s.p.)

Consagrando o sistema do discernimento, a legislação penal de 1830 trazia consigo a possibilidade de punição aos maiores de 14 anos ao estabelecer seu recolhimento às casas corretivas e, além disso, previa até mesmo a promulgação de prisão perpétua. (GARCIA, 2011, s.p.)

Complementando o tema, Noronha aduz que: “o Código do Império declarava não criminoso o menor de 14 anos (art. 10), dizendo, entretanto, no art. 13, que se ele tivesse obrado com discernimento, podia ser recolhido à casa de correção, até os 17 anos.” (NORONHA, 1976, p. 164 *apud* GARCIA, 2011, s.p.) Nesse mesmo sentido, preleciona Janine Borges

> O Código fixou a imputabilidade penal plena aos 14 anos de idade, estabelecendo, ainda, um sistema biopsicológico para a punição de crianças entre sete e quatorze anos. Entre sete e quatorze anos, os menores que agissem com discernimento poderiam ser considerados relativamente imputáveis, sendo passíveis de recolhimento às casas de correção, pelo tempo que o Juiz entendesse conveniente, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de dezessete anos. (SOARES, 1976, s.p. *apud* GARCIA, 2011, s.p.)

Havia, ainda, uma restrição quanto ao exercício do poder punitivo por parte do Estado caso o infrator não possuísse vinte e um anos de idade completos: "Art. 45. A pena de galés nunca será imposta: […] 2º Aos menores de vinte e um annos, e maiores de sessenta, aos quaes se substituirá esta pena pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo." (BRASIL, 1830, s.p.)

Nesse contexto, a carta penal trazia consigo mais que propriamente os avanços no que tange aos direitos dos menores, mas a proibição de penas cruéis ou degradantes, consagrando, destarte, o princípio da humanização das penas. Além disso, em contraponto às ordenações filipinas, a pena passa a possuir a natureza intransferível, sendo somente cumprida pela pessoa do condenado. (SILVA, s.d., s.p.)

Na prática, o artigo 13 do referido diploma legal permitia o recolhimento dos menores de 14 anos, equiparando-os aos adultos. Em regra, era feita uma análise superficial do nível de discernimento perante a conduta. Caso ficasse comprovado que o menor possuía entendimento suficiente para identificar o delito, estava autorizado a se proceder dessa forma

> Art. 13. Se provar que os menores de catorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezessete anos. (BRASIL, 1830, s.p.)

Muito embora o artigo 13 permitisse o recolhimento do menor, o mesmo diploma legal era claro em seu artigo 10: "Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de catorze anos." (BRASIL, 1830, s.p.) Há de se mencionar, também, que o referido código permitia ao magistrado executar a pena de cumplicidade, que impunha aos maiores de quatorze e menores de dezessete anos o equivalente a dois terços das penas impostas aos maiores de idade. (LOPES, 2016, s.p.), Sobre a temática, acrescenta Irene Rizzini

> Considerando-se a época em questão, é, de certa maneira, surpreendente a preocupação com o recolhimento de menores em estabelecimentos especiais que visassem sua correção. Isso porque não estava ainda em voga a discussão sobre a importância da educação estar em prevalência sobre a punição, o que só viria a acontecer no final do século XIX. (RIZZINI, 2000, p. 10 *apud* LOPES, 2016, s.p.)

Para além disso, àquela época, não havia distinção de tratamento nas prisões, ou seja, caso fosse enviado a uma prisão, o adolescente infrator cumpriria a pena da mesma forma que um adulto. Em suma, na prisão eram todos iguais. (LOPES, 2016, s.p.)

Muito embora não garantisse todos os direitos necessários a uma possível proteção integral da dignidade prevista às crianças e aos adolescentes, é de se observar que, dado o contexto anterior, o Código Imperial de 1830 trouxe junto à sua redação uma carga de proteção a essa parcela da sociedade. (LOPES, 2016, s.p.) Nesse sentido, preleciona Glaucio Antônio

> A cidadania de dignidade brasileira muito ganhou com o Código Criminal de 1830. Por óbvio que nem sempre o diploma continha o que era de melhor cientificamente. Nesse aspecto, as críticas eram merecidas, não outras como as que se envolviam com a falsa premissa de aumento da criminalidade e os críticos buscavam destruir o caráter liberal do diploma criminal. […] Como avanços de nossa primeira codificação, pode-se apontar: a) contemplado com a Constituição de 1824 (art. 179, ns. I e XI), o código de 1830 assegurou cidadania ao nullumcrimen, nullapoenasine lege (arts. 1º e 33), com os atributos prospectivo e irretroativo da lexpoenalis, para os crimes e para as penas. (ANTÔNIO JUNIOR; PEREIRA; DE MELLO, s.d., s.p.)

Atrelada a esse entendimento, preleciona Janine Borges que: “De um modo geral, a legislação relativa à infância nas primeiras décadas do Brasil Império referia-se a uma preocupação com o recolhimento de crianças órfãs e expostas”. (SOARES, s.d., p. 260) Segundo ela, a responsabilidade de zelo para com o menor de idade incidia sobre a figura da igreja, a qual percebia um quantitativo do Poder Público para atingir essa finalidade. (SOARES, s.d., p. 260)

1.2 O CÓDIGO DE MELLO MATTOS DE 1927 E A DOUTRINA DO MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR

Orquestrado pelo então cientista do Direito José Cândido Albuquerque Mello Mattos, o primeiro dispositivo legal destinado aos menores da América Latina tinha como objetivo não somente tratar das crianças e adolescentes em situação de delinquência, mas também de tutelar os direitos do menor abandonado. (MELO, 2019, s.p.)

Sobre o então dispositivo de menores, Maria de Fátima e Daniel Henrique acrescentam que

> Este código consagrou o sistema de atendimento à criança atuando especificamente sobre os chamados efeitos da ausência, atribuindo ao Estado a tutela sobre o órfão, o abandonado e aqueles cujos pais fossem tidos como ausentes, tornando disponíveis seus direitos de pátrio poder. (ESPÍNDULA; SANTOS, 2004, p. 357).

Diante de um cenário de criminalidade infantil, o Estado se vê na obrigação de trazer para si a responsabilidade de tutelar os direitos do menor abandonado e de punir os delinquentes. Nesse contexto, passa a garantir educação e a oportunidade de trabalho aos primeiros, instituindo os juizados de menores e, consequentemente, as instituições de apoio, tais como os conselhos assistenciais. (PAES, 2013, s.p.)

Sobre a situação político-social nesse momento da história brasileira, Janine Borges salienta que

> a legislação das primeiras décadas do século XX respondia aos temores provenientes do aumento da criminalidade infantil e buscava proteger tanto a sociedade quanto a infância. As medidas propostas proporcionavam um maior controle da população nas ruas por meio de intervenção policial.
> O sistema de proteção e assistência do Código de Menores submetia qualquer criança, por sua simples condição de pobreza, à ação da Justiça e da Assistência. A esfera jurídica era a protagonista na questão dos menores, por meio da ação jurídico-social dos Juízes de Menores. (SOARES, s.d., s.p.)

Sendo promulgado através do Decreto 17.943, em 1927, o Código de Menores percebeu a necessidade de se remodelar a figura do pátrio poder exercido pelo pai de família. Apesar de ainda existir, seu exercício passa agora a ser controlado pelo Estado, de tal maneira que, havendo arbitrariedades, permite-se a intervenção estatal. (MELO, 2019, s.p.)

Essa intromissão do Estado no exercício do pátrio poder exemplifica-se na hipótese de dissolução da tutela nos casos em que se verificasse que o menor estava enquadrado na definição trazida pelo artigo 28 do referido Código, ou seja, de vadiagem. Tal possibilidade se estendia também àqueles que se encontravam em situação de libertinagem e mendicidade. (ESPÍNDULA; SANTOS, 2004, p. 359).

Isso porque o Brasil vivia, àquela época, uma reestruturação político-econômica e, com isso, o governo passou a se mostrar mais receptivo para com as demandas da sociedade, principalmente as oriundas da classe laboral. Dentre o lapso temporal da década de 30 e 40, evidencia-se a presença do Estado Novo, voltado ao assistencialismo da massa. (MELO, 2019, s.p.), Nas palavras de Janiere Portela

> A revolução de 1930 inaugura politicamente o chamado "Estado social" brasileiro, que atende a muitas reivindicações históricas dos trabalhadores e da população em geral como legislação trabalhista, ensino básico obrigatório e seguridade social, apesar de que de forma a tentar cooptar movimentos sociais importantes num projeto político centralizador e paternalista. (PAES, 2013, s.p.)

Nas palavras de Malena Guerra, o Decreto permitiu a

> abertura do tratamento específico à criança adequada à época, onde a preocupação era com seu estado físico, moral, mental, psicológico dentro da situação social e econômica que passava o país, não era somente com a punição da criança e do adolescente infrator. (MELO, 2019, s.p.)

A partir do advento do Código de Mello Mattos, evidencia-se que a *mens legislatoris* agora não é mais a de reprimir e sentenciar os menores em situação de delinquência, mas de exaltar a importância da educação em todo o processo de reestruturação e reorganização de sua vida, através da salvaguarda de seus direitos. (MELO, 2019, s.p.)

Nesta toada, seu artigo primeiro dispunha que: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.” (BRASIL, 1927, s.p.)

Embora o referido dispositivo legal em sua redação possuísse a intenção de salvaguardar os menores e garanti-los assistência, o contexto social e econômico brasileiro não permitia que tal demanda se fizesse sustentável. Na prática, os espaços reservados para a atenção às crianças e adolescentes não era apropriado. (MELO, 2019, s.p.)

Com relação ao tema, Josiane Rose Petry Veronese destaca que os principais propósitos do diploma penal da época eram a

> instituição de um juízo privativo de menores; - elevação da idade da irresponsabilidade penal do menor para 14 anos; - instituição do processo especial para os menores infratores de idade entre 14 e 18 anos; - extensão da competência do juiz de menores em questões que envolvessem menores abandonados ou anormais, bem como sua intervenção para suspender, inibir ou restringir o pátrio – poder, com imposição de normas e condições aos pais e tutores; - regulamentação do trabalho dos menores, imitando a idade de 12 anos como a mínima para iniciação ao trabalho, como também proibiu o trabalho noturno aos menores de 18 anos; - criação de um esboço da Polícia Especial de Menores dentro da competência dos comissários de vigilância; - proposta de criação de um corpo de assistentes sociais que seriam designados delegados de assistência e proteção, com possibilidades de participação popular como comissários voluntários ou como membros do conselho de Assistência e Proteção aos Menores; - estruturou racionalmente os internados dos juizados de menores. (VERONESE, 1999, p. 28-29 *apud* MELO, 2019, s.p)

Percebe-se que a legislação dividiu essa parcela social em duas classes, quais sejam: a dos menores abandonados e a dos delinquentes, com faixa etária dos quatorze aos dezoito anos. Com relação à primeira parcela dos menores, o Código de Mello Mattos garantia uma série de alternativas dentre as quais o magistrado, em cada caso concreto, dispunha para proceder. É de observar que o tratamento conferido aos menores abandonados não detinha cunho punitivo, mas tão somente de assistência e acolhimento. (MELO, 2019, s.p.)

Dentre as alternativas previstas para o magistrado em sua atuação, observa-se que os locais elencados possuíam caráter exclusivamente de proteção, conforme disposto no artigo 55 do Código de menores

> a) entregá-lo a pessoa idônea, ou interná-lo em hospital, asilo, instituto de educação, oficina, escola de preservação ou de reforma; b) ordenar as medidas de conveniência aos que necessitarem de tratamento especial, por sofrerem de qualquer doença física ou mental; c) decretar a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela; d) regular, de maneira diferente das estabelecidas nos dispositivos deste Artigo, a situação do menor, se houver para isso motivo grave e for do interesse do menor. (BRASIL, 1927, s.p.)

Por outro lado, a doutrina do menor em situação irregular dispunha que, em se tratando de delinquente, as medidas a serem adotadas eram as punitivas. Desse modo, os menores de quatorze anos não podiam ser submetidos a procedimentos penais. Em contraponto, caso o menor possuísse mais de quatorze e menos de dezoito anos, seriam destinados a procedimentos especiais. Ademais, em se tratando de maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade, caso fosse verificada a periculosidade da conduta, surgia ao magistrado a possibilidade de remetê-los aos estabelecimentos destinados aos condenados menores de idade. (MELO, 2019, s.p.)

Sobre tal doutrina, salienta Kátia Regina

> A influência externa e as discussões internas levaram a construção de uma Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência-delinquência. Era uma fase da criminalização da infância pobre, havia uma consciência geral que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprindo suas garantias. Delineava-se assim a doutrina da situação irregular. (MACIEL, 2014, p. 47).

Para além disso, é importante dizer que a figura do menor delinquente também era vista como necessitada de proteção, conforme dispõe o artigo 68 do Código de Mello Mattos:

> O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre

> o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva. (BRASIL, 1927, s.p.)

Contudo, na hipótese de ausência desses estabelecimentos, o menor podia ser destinado à prisão comum, com a particularidade de que eram encaminhados aos compartimentos apartados dos criminosos comuns. Vislumbra-se, nesse momento, a preocupação da legislação, mais uma vez, em proteger o menor em situação irregular. Além disso, é de se destacar que, ao contrário do Código Imperial de 1830, o Decreto de Mello Mattos não adotou a teoria do discernimento a fim de punir os delinquentes. (MELO, 2019, s.p.)

Nesta senda, observa-se que a presunção de incapacidade era absoluta, porque bastava a comprovação da idade (menor de 18 anos) para que o adolescente pudesse se esquivar das amarras imposta pela legislação criminal vigente à época. (GARCIA, 2011, s.p.)

Em que pese o contexto político da época e a ausência de recursos econômicos fizessem com que as normas contidas no referido código não fossem cumpridas em caráter integral, o Decreto 17.943, de 1927, inovou o ordenamento jurídico dos menores ao trazer em primeira instância a necessidade de se garantir proteção e de que a reparação almejada deveria ocorrer pela educação da criança e do adolescente. (MELO, 2019, s.p.)

Nesse sentido, o referido código foi resolutivo no que tange à evolução do direito da criança e do adolescente em solo brasileiro, uma vez que, caso o menor de quatorze anos viesse a delinquir, não mais cumpriria pena restritiva de liberdade com o maior de dezoito anos, mas sim medidas alternativas visando exclusivamente a sua reintegração social. (SILVA, s.d., s.p.)

Caminhando nesse sentido, prelecionam Ideolfonso Bizatto e Maria Bizatto

> Em 1926 passou a vigorar o Código instituído pelo Decreto Legislativo de 1º de dezembro do mesmo ano, prevendo a impossibilidade de recolhimento do menor de 18 anos que houvesse praticado ato infracional passível de prisão comum. Em relação aos menores de 14 anos consoante fosse a sua condição peculiar de abandonado ou pervertido, ou nenhuma dessas características, seria abrigado em casa de educação ou preservação, ou ainda, confiado à guarda de pessoa idônea até a idade de 21 anos. Poderia ficar igualmente, sob a custódia

> dos pais, tutor ou outro responsável, se a sua periculosidade não reclamasse medida mais assecuratória. BIZATTO; BIZATTO, 2014, p. 27)

Muito embora o Código de Mello Mattos não pudesse, por si só, mudar o cenário da delinquência infantil vivida pelo Brasil naquele momento, é de se verificar que, em que pese não constasse em seu texto de forma expressa a denominação “medida socioeducativa”, sua ideia começa a ser propagada no ordenamento jurídico brasileiro. Em suma, as principais evoluções trazidas pelo referido dispositivo legal foram a ideia de que o menor em situação de risco merece proteção do Estado e de que os delinquentes devem cumprir suas medidas punitivas em apartado do sistema penitenciário comum. (SILVA, s.d., s.p.)

Em consonância com o assunto, preleciona Josiane Rose:

> não se pode negar a importância do Código de Menores de 1927, haja vista ser um dos primeiros diplomas normativos na busca por proteger os menores infratores, mesmo que sem êxito, de maneira que os esforços de Mello Mattos em criar medidas visando à retirada do menor da corrupção moral e social buscando alternativas para reeducar e oferecer melhores condições de vida às crianças e adolescentes delinquentes e abandonados, não deixavam de ter uma visão de castigar o menor, ou a retribuição pelo mal que causou à sociedade através do ato delituoso por vários fatores. (MELO, 2019, s.p.)

Percebe-se, portanto, que o Código de Menores guiou em seu texto legal o impedimento no que tange ao cárcere do menor de 18 anos, mesmo possibilitando o seu recolhimento a casas especializadas, caso não estivesse sob a custódia de seus pais. Evidencia-se, assim, uma grande similaridade no tratamento jurídico que era ofertado ao menor em situação irregular se comparado ao que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1989. (GARCIA, 2011, s.p.)

1.3 O CÓDIGO DE MENORES DE 1979 E A DOUTRINA DO MENOR EM SITUAÇÃO DE RISCO

Caminhando no sentido de se garantir a ressocialização da criança e do adolescente, surge o Código de 1979. Criticado por muitos juristas, o referido dispositivo legal possibilitava a ocorrência de situações incoerentes para o que se pretendia, que, por muitas das vezes, feria a dignidade dos menores. (HOLANDA, 2012, s.p.)

Implementado durante a era do militarismo, pela primeira vez o Brasil dispõe de uma Lei (6.697/79) destinada única e exclusivamente à defesa dos direitos da criança e do adolescente. Agora pautando-se no senso de justiça social, o Estado se vê na incumbência de tutelar os desamparados e de reprimir os delinquentes. (LOUREIRO, 2019, s.p.)

Para além disso, trazendo em sua essência vestígios do Código de Mello Mattos, o Código de Menores de 1979 apresentou um caráter dicotômico: por um lado assistencialista, e por outro, repressivo. Diante dessa dualidade, surge a doutrina do menor em situação irregular. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Em relação à principal crítica, Júlia Brito comenta

> A maior crítica referente a chamada “ideologia da situação irregular” esteve em não diferenciar o menor infrator daquele que era, de fato, vítima da pobreza, do abandono, dos maus-tratos e diversos outros fatores que per si justificavam medida distinta. Isto é, pela legislação vigente, o Código de Menores, todos envolvidos nesse cenário estariam em “situação irregular”, seriam tratados da mesma maneira: afastados da sociedade, segregados. (FONSECA, 2014, s.p.)

Conforme preleciona Andréa Rodrigues, muito embora a doutrina do menor em situação irregular fosse consagrada de forma expressa na redação do referido dispositivo legal, desde o Código de Mello Mattos é possível presenciar o seu conteúdo. (AMIM, 2010, p.12)

Nesse diapasão, João Batista e Maria Regina apresentam as principais características dessa doutrina

> 1. As crianças e os adolescentes são considerados ‘incapazes’, objetos de proteção, da tutela do Estado e não sujeitos de direitos;

> 2. Estabelece-se uma nítida distinção entre crianças e adolescentes das classes ricas e os que se encontram em situação considerada ‘irregular’, ‘em perigo moral ou material’;
> 3. Aparece a idéia de proteção da lei aos menores, vistos como ‘incapazes’, sendo que no mais das vezes esta proteção viola direitos;
> 4. O menor é considerado incapaz, por isso sua opinião é irrelevante;
> 5. O juiz de menores deve ocupar-se não só das questões jurisdicionais, mas também de questões relacionadas à falta de políticas públicas. Há uma centralização do atendimento;
> 6. Não se distinguem entre infratores e pessoas necessitadas de proteção, surgindo a categoria de ‘menor abandonado e delinqüente juvenil.
> 7. As crianças e os adolescentes são privados de sua liberdade no sistema da FEBEM, por tempo indeterminado, sem nenhuma garantia processual. (SARAIVA; AZAMBUJA, s.d., s.p.)

Sendo assim, evidencia-se que a legislação nesse momento não se preocupou em diferenciar o menor infrator do menor abandonado, como vinha sendo feito no decurso histórico. Por isso, o que se presencia é o estabelecimento de um forte laço discriminatório para com o menor, vítima de abandono material, que passa a ser enxergado pela lei e pela sociedade como sendo um infrator. (FONSECA, 2014, s.p.)

Nesse contexto, surge a Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor (FEBEM), onde os menores em situação de delinquência eram inseridos a fim de afastá-los do convívio social, o que, por diversas vezes, ocorria de maneira desordenada. Consequentemente, essa parcela social se via desprotegida e seus direitos eram violados. (HOLANDA, 2012, s.p.)

Por esse motivo, mais uma vez o Código de 1979 se fez discriminatório, uma vez que a FEBEM era composta em 80% de adolescentes que foram punidos pelo simples fato de não se adequarem ao modelo sociocultural pré-estabelecido pelo Estado. Além de serem tratados como infratores, conviviam com os outros 20% que de fato o eram. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Dessa maneira, é de se imaginar que, com toda essa desigualdade, o dispositivo legal fomentou ainda mais a não reintegração desses indivíduos, colaborando, consequentemente, para a sua marginalização social. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

É nesse momento em que pela primeira vez adota-se no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina da situação irregular. Considerando que nesse

instante histórico o Brasil tinha como enfoque a desigualdade social, o adolescente se valia do crime para salvaguardar o sustento da família. (HOLANDA, 2012, s.p.)

Destarte, o que se percebe é que, diante de um cenário de instabilidade social, o Código de 1979 retrocede ao tempo e mais uma vez o menor é enxergado como um objeto. Isso porque, em verdade, não se almejava a defesa de seus direitos, mas tão somente sanar uma situação crítica na qual o Brasil estava inserido. (HOLANDA, 2012, s.p.)

Esse descaso para com a dignidade do menor à época pode ser verificado através das preleções de Wilson Donizeti

> as medidas aplicadas aos menores infratores visavam, sobretudo, sua proteção, tratamento e cura, como se eles fossem portadores de uma patologia social que tornava insustentável sua presença no convívio social. O pior disso é que esses menores não eram considerados sujeitos de direitos, mas objeto de atividades policiais e das políticas sociais. (LIBERATI, 2003, p. 113)

Semelhantemente ao que se verificou na Idade Antiga, onde o menor era tido como propriedade da autoridade familiar, aqui, ele passa a ser considerado um simples objeto do ordenamento jurídico. Em suma, a legislação se preocupava em intervir caso se verificasse situações de riscos que pudessem atentar contra os costumes da sociedade, ou seja, riscos morais e materiais. (HOLANDA, 2012, s.p.)

Contudo, Sálvio de Fiqueiredo apresenta de forma clara que, comparada aos tratamentos jurídicos anteriores conferidos às crianças, a doutrina do menor em situação irregular moveu-se no sentido de um avanço no ordenamento jurídico (COSTA, 2000, p. 3). Senão, veja-se

> Desprezando estas duas teorias, melhor andou o legislador brasileiro ao adotar a doutrina do menor em situação irregular, exposta exaustivamente no art. 2º, do Código, e limitando, por outro lado, os etiquetamentos de 'menor abandonado', 'infrator', 'delinqüente', 'exposto', etc. (TEIXEIRA, 1992, p.13 *apud* HOLANDA, 2012, s.p)

Nesta senda, o Código de 1979, em seu artigo segundo, vislumbrava a doutrina do menor em situação irregular de forma objetiva

> Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
> I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
> a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
> b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
> II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
> III – em perigo moral, devido a:
> a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
> b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
> IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
> V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
> VI – autor de infração penal.
> Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial. (BRASIL, 1979, s.p.)

Ainda sobre o dispositivo de menores de 1979, preleciona Izabele Pessoa Holanda

> A partir da análise dessa legislação, é visto, então, que a lei tratava o menor infrator como se fosse um portador de certa patologia social, deixando de lado suas necessidades de proteção e segurança. São apresentados, principalmente, mecanismos de "defesa" contra os jovens, dificultando a reinserção social das crianças e adolescentes em situação irregular. (HOLANDA, 2012, s.p.)

Portanto, evidencia-se que a grande preocupação nesse contexto era a de solução do problema através da classificação do menor em situação irregular. A partir dessa definição, verificava-se episódios que se esquivavam do padrão de normalidade social, e, consequentemente, precisavam ser sanados de imediato para não se tornarem uma constante. (COSTA, 2000, p. 3)

Nesta seara, o Código de Menores acaba por, mais uma vez, trazer uma discriminação: havia uma diferenciação entre criança e menor. Esse, visto em seu sentido pejorativo, era classificado risco potencial à sociedade, englobando a classe baixa, composta por negros e todos os que se encontravam em

situação de rua. Em contraponto, crianças eram todas as vítimas dessa primeira classe, vítimas essas que compunham a alta classe social. (FONSECA, 2014, s.p.)

Posicionando-se no sentido de criticar tal distinção, Júlia Brito Fonseca preleciona

> restou-se claro o desinteresse do legislador na reinserção social do menor, objetivando apenas o controle da ordem pública e da paz social, totalmente desvinculado à proteção dos direitos infanto-juvenis. Nesse diapasão, os “menores” abandonados, desassistidos e em perigo moral eram punidos por terem nascido negros, pobres, sem lar ou até por não se ajustarem ao padrão da sociedade na época. Desta forma, havia diferença entre uma criança da alta classe social e aquela em "situação irregular", distinguindo-se criança de menor. A expressão “menor mata criança” era muito comum. (FONSECA, 2014, s.p.)

Diante de todas as críticas feitas à época, evidencia-se que, muito embora o Código de Menores de 1979 tivesse traçado objetivos no sentido de se garantir um sistema plena de proteção e assistência à criança e ao adolescente, ele acabou por trazer em sua essência resquícios de uma época discriminatória e autoritária que pouco se importava com os direitos dessa parcela social. Portanto, percebe-se que, mais uma vez, não se alcançou – de forma satisfatória – os objetivos almejados. (FONSECA, 2014, s.p.)

Nesse cenário de inúmeras avaliações negativas às diretrizes estabelecidas pelo Código de 1979, de toda a miséria social presenciada pela grande maioria dos menores, diante de todas as ingerências promovidas pelo governo em não conseguir cumprir seu discurso assistencialista, fez-se necessária a substituição da doutrina do menor em situação irregular para uma outra: a de proteção integral. (LOUREIRO, 2019, s.p.)

1.4 A LEI 8.069/90 E A ADOÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, evidencia-se a presença de uma nova ideologia no

ordenamento jurídico brasileiro: agora, verifica-se a preocupação em se reconhecer a dignidade humana de cada indivíduo, consequentemente, garantir-lhe uma vida satisfatória. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Nesta senda, essa preocupação com a proteção da sociedade acaba por se estender aos menores, conforme disposto no artigo 227 do referido diploma legal:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, s.p.)

Outro dispositivo da Magna Carta Cidadã que demonstra a sua preocupação para com a dignidade do menor é o artigo 121 que, de forma expressa, proíbe a prática laboral aos menores de 14 anos

> Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.
> § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:
> d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; (BRASIL, 1988, s.p.)

Nesse contexto, demonstra-se que a Lei Maior de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma perspectiva de solidariedade e de fraternidade, nunca antes experimentada. (SILVA, s.d., s.p.)

Sendo assim, preleciona Kátia Regina

> No campo das relações privadas se fazia imprescindível atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e liberal, movimentos europeus pós-guerra influenciaram o legislador constituinte na busca de um direito funcional, pró-sociedade. De um sistema normativo garantidor do patrimônio do individuo passamos para um novo modelo que prima pelo resguardo da dignidade da pessoa

> humana. O binômio individual-patrimonial é substituído pelo coletivo-social. (MACIEL, 2014, p. 49).

Caminhando no sentido de alcançar avanços na proteção dos direitos da criança e do adolescente, a doutrina de proteção integral, esculpida na Lei Maior, acompanhou o entendimento do Código Penal de 1940, adotando o critério puramente biológico para aferir a inimputabilidade do infrator em decorrência de sua idade. É de se destacar que, anteriormente, a legislação adotava o critério biopsicológico. (LOPES, 2016, s.p.)

Percebe-se, portanto, um rompimento para com a doutrina antes adotada, de situação irregular. Nesse momento, nasce para o direito brasileiro a doutrina de proteção integral da criança e do adolescente. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Marcado por ser fruto de pressões políticas oriundas de entidades governamentais e não governamentais, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a ideia de que o menor agora deve ser encarado como pessoa em desenvolvimento físico e mental e, justamente por esse motivo, não deve ser submetido às sanções penais. (SILVA, s.d., s.p.)

Além de prever as medidas assistencialistas em seu texto, o referido diploma legal buscou traçar alternativas para não deixar de tratar dos menores infratores, o que foi realizado através das medidas socioeducativas. Sobre o tema, discorrem José Ideofonso e Rosana Maria

> Deste modo, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou em primeiro plano a proteção integral de crianças e adolescentes, sem descurar, em caso de infrações, a aplicação das medidas sócioeducativas. (BIZATTO; BIZATTO, 2014, p. 29)

Trazendo um conceito mais preciso, Cury Munir; Paulo Afonso Garrido de Paula e Jurandir Marçura prelecionam sobre a doutrina de proteção integral

> A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes

> da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento (CURY; PAULA; MARÇURA, 2002, p. 21)

A fim de garantir, portanto, os direitos da criança e do adolescente de forma plena, o dispositivo legal supracitado adotou em seu âmago alguns princípios para se conferir efetividade. Dentre tais princípios, o seu artigo quarto preconiza o da absoluta prioridade. Senão, veja-se

> é dever da família, comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990, s.p.)

Para além disso, evidencia-se nesse mesmo artigo a presença de outro princípio balizador dos direitos da criança e do adolescente, qual seja, o da cooperação, que confirma o compromisso de todos para com a garantia do pleno exercício dos direitos dessa parcela social. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Outro importante avanço estabelecido pela Lei 8.069/1990 é a distinção entre criança e adolescente estabelecida pelo seu artigo segundo

> Considera-se criança, para os efeitos dessa Lei, a pessoa até 12 (anos) de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) anos e 18 (dezoito) anos de idade.
> Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade. (BRASIL, 1990, s.p.)

A fim de se garantir que as medidas socioeducativas sejam amplamente difundidas nesse contexto, é de suma importância essa separação que fora estipulada por ordem cronológica. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Observa-se, também, que, diferentemente do que era verificado anteriormente, a criança e o adolescente agora não praticam crime, mas tão somente ato infracional análogo a tal, conforme dispõe o artigo 106 do ECRIAD: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.” (BRASIL, 1990, s.p.)

Muito embora essa doutrina tenha se estabelecido por aqui somente nesse momento histórico, é de se ponderar que, desde o advento da Declaração dos Direitos da Criança proferida pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1959, o mundo já compactuava com a proteção integral do menor. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Contudo, mesmo que sem êxito, à época do Código de 1927, tentando acompanhar a evolução legislativa da criança e do adolescente, instaurou-se por aqui uma assembleia revisora, a fim de implementar tal doutrina. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Considerando esse avanço histórico, firma-se então o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. Em que pese transcorridos 31 anos de sua promulgação, evidencia-se que a grande parte da sociedade desconhece esse dispositivo, além de imprimirem uma visão retrógada e pejorativa sobre tal. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Em verdade, verifica-se que a população herdou em seu pensamento resquícios do sistema do menor em situação irregular. Nos dias atuais, a criança e ao adolescente que cometem ato infracional são destinados à FEBEM. Consequentemente, são vistos como seres marginalizados, que devem estar segregados do convívio social. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Além disso, observam-se no seio familiar resquícios do Código patrimonialista de 1916, o qual dispunha do pátrio poder, onde os pais eram proprietários dos filhos. Assim sendo, ainda hoje se verifica o menor sendo tratado como objeto e não como pessoa detentora de direitos, idealismo esse presente no código imperialista de 1830. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Outra novidade abarcada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é o princípio do melhor interesse para o menor. Sobre o tema, preleciona Renata Malta Vilas-Bôas

> o princípio do melhor interesse do menor pode ser traduzido com todas as condutas devem ser tomadas levando em consideração o que é melhor para o menor. Lembrando que, nem sempre o que é melhor para o menor, é o que ele deseja. E assim, a jurisprudência pátria tem-se manifestado nesse sentido, quando se trata em questão de adoção por exemplo, entre as possíveis pessoas a adotarem deve-se levar em consideração o que é melhor para o menor e não o que o

> adotante deseja. Revertendo assim, toda a estrutura jurídica até então existente. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Desse modo, com o advento da Magna Carta, o Estatuto da Criança e do adolescente ganha uma nova roupagem, e, por esse motivo, os cientistas do Direito passam a discutir qual seria a sua natureza jurídica. Sobre o tema, Munir Cury aduz que

> Pela natureza de suas normas, o Direito do Menor é iuscogens, onde o Estado surge para fazer valer a sua vontade, diante de sua função protecional e ordenadora.Segundo a distinção romana iusdispositivum e iuscogens, o Direito do Menor está situado na esfera do Direito Público, em razão do interesse do Estado na proteção e reeducação dos futuros cidadãos que se encontram em situação irregular. (CURY, 2008, s.p.)

Tudo isso significa que, por sua natureza coercitiva e por pertencer ao ramo do Direito Público, o ECRIAD não pode ser alterado pelo viés privado sem passar por um processo solene de retificação legislativa. (VILAS-BÔAS, 2012, s.p.)

Portanto, percebe-se que o ordenamento jurídico avança socialmente ao promulgar o Estatuto da Criança e do Adolescente, quebrando inúmeros paradigmas presentes anteriormente. Com isso, define-se o conceito de criança e de adolescente do ponto de vista jurídico, permitindo, destarte, um tratamento específico para cada classe. (SILVA, s.d., s.p.)

Além disso, percebe-se que, de fato, o menor agora deixa de ser considerado um objeto perante a Lei, passando a ser visto como sujeito de direitos que merece especial atenção. Nesse contexto, a doutrina de proteção integral passa a ser enfrentada como matéria de política pública a ser desenvolvida. (SILVA, s.d, s.p.)

Em que pese ser teoricamente a referência de inúmeros países, o ECRIAD por si só não alcança seus objetivos de forma integral, pois, para que isso ocorra, faz-se necessária a participação da sociedade a fim de garantir que suas normas sejam praticadas. (FONSECA, 2014, s.p.).

2 O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE SEXUAL E A DESCONSTRUÇÃO DA EXPRESSÃO "CRIMES CONTRA OS COSTUMES"

Considerando que o delito do estupro é enxergado por toda a civilização atual como uma prática grave e que traz ao sujeito passivo consequências negativas imensuráveis, ele é repelido pelo ordenamento jurídico de forma a impedir que a vítima passe por traumas psicológicos dele decorrentes. (NASCIMENTO, 2019, p. 09)

Muito embora seja um crime que viole gravemente dogmas culturais e a própria dignidade sexual da vítima, seu processo de controle e entendimento jurídico foi dilatado durante anos. (NASCIMENTO, 2019, p. 09)

Em verdade, o que se verifica é que tal mudança decorreu diretamente de conceitos e valores sociais, como o da ética e o da moral. Somado a isso, verifica-se também a importância da Lei 12.015/09 e da Constituição Federal de 1988 na construção e reconhecimento da dignidade sexual no ordenamento jurídico brasileiro. (RIBEIRO, 2011, s.p.)

O Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 abordou o reflexo das pretensões sociais da época no que concerne aos costumes. Sendo assim, evidencia-se que, naquele momento histórico, o Código Penal ultrapassou os limites da sexualidade, ou seja, interferiu diretamente na privacidade do indivíduo. (RIBEIRO, 2011, s.p.)

Em complemento ao tema, preconiza Edgard Magalhães de Noronha

> A referência a "costumes" acabava sendo compreendida como conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais, de modo que os delitos previstos no título VI buscava proteger o mínimo ético, relacionado à sexualidade, exigido dos indivíduos. (NORONHA, 1995, s.p.*apud* RIBEIRO, 2011, s.p.)

Nesse contexto, Jamille Saraty Malveira aborda essa insegurança jurídica criada à época

> o Direito à sexualidade, que não denota apenas a prática do sexo em si, mas também, da abstinência até a liberdade de

> dispor do seu corpo, é o direito de exercer a sua sexualidade da forma que melhor lhe aprouver, que mais lhe trouxer prazer.” (MALVEIRA, 2014, p. 111-138)

Portanto, ao estabelecer os costumes como bem jurídico tutelado à época, a legislação penal definia, consequentemente, como as pessoas deveriam agir do ponto de vista sexual, o que feria o direito à liberdade. (LIMA, 2017, s.p.) Sobre o tema, a Organização das Nações Unidas (ONU) preconiza

> Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros. (ONU, s.d., p. 07)

Sendo assim, a referida legislação passa a não mais atender aos anseios sociais, uma vez que visava proteger um núcleo ético, o que, consequentemente, obrigava a população a abrir mão de sua sexualidade. (RIBEIRO, 2011, s.p.)

Tal necessidade de proteção aos costumes foi fruto do que se presenciou na elaboração do Código de 1830: o legislador previu diferenciações entre as mulheres honestas e mulheres prostitutas. (NASCIMENTO, 2019, p. 09) Evidencia-se, mais uma vez, a Lei penal causando interferência na conduta sexual da sociedade. Senão, veja-se o artigo 222 do referido diploma legal:

> Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
> Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.
> Se a violentada fôr prostituta.
> Penas - de prisão por um mez a dous annos. (BRASIL, 1830, s.p.)

Sobre essa diferenciação, Dulceli de Lourdes Tonet Estacheski (ESTACHESKI, 2013, p.60) caracteriza mulheres honestas como “aquelas obedientes aos homens e a um padrão de comportamento ditado por eles”; por outro lado, as mulheres “desonestas eram as que ousavam viver fora desse padrão, mas também aquelas que violentadas ou enganadas por eles

(homens) passavam a ser estigmatizadas como prostitutas.” (ESTACHESKI, 2013, p.60)

Nesta senda, com o advento de movimentos feministas e com forte oposição por parte da população, muitos mecanismos e preceitos oriundos do Código Penal da época perderam força. (RIBEIRO, 2011, s.p.)

Isso porque, nesse instante histórico a mulher deixa de ser vista como mero ser reprodutor subordinado ao homem e passa a ganhar paridade de condições perante a legislação. (SANTOS, 2013, s.p.)

Em complemento ao tema, Guilherme de Souza Nucci preleciona que

> A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos. (NUCCI, 2010, p.24)

Com o objetivo de trazer voz à dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 ratificou a necessidade de se alterar o bem jurídico tutelado nos delitos de estupro. De fato, proteger os costumes da sociedade era abrir mão da sexualidade e privacidade da própria vítima. (RIBEIRO, 2011, s.p.)

Sobre o assunto, Italo Barros Santos preleciona

> O Direito Penal, enquanto ultima ratio, limita-se a zelar pelos bens jurídicos mais relevantes, e a recente alteração reforçou essa característica, já que falar em ‘‘proteção dos costumes’’ está se limitando a fins sem tanta relevância. O campo de abrangência do Direito Penal não pode ser amplo, no sentido de proteger muitos bens jurídicos, contudo deve tratar destes de forma que sejam cuidados em sua integralidade. Por força do princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve se preocupar com os bens que precisam de maior proteção, sobre os quais os demais ramos do Direito não possam exercer com efetividade a função de salvaguarda. Em outros termos, o Direto Penal é a última opção legislativa para disciplinar e compor conflitos, valendo-se de instrumentos mais graves de sanção, razão por que só deve ser utilizado pelo Estado no último caso. (SANTOS, 2013, s.p.)

Ainda sobre o costume sendo considerado como bem jurídico tutelado, Rogério Greco critica a postura da legislação e demostra a necessidade de alteração

> Hoje em dia, tal designação – crimes contra os costumes – vem recebendo críticas por parte de nossos doutrinadores, haja vista que analisando-se as infrações penais constantes do título VI do Código Penal, verifica-se, com clareza, que o que se pretende proteger não são os costumes, […]. Na verdade, a liberdade ao próprio corpo está intimamente vinculada à dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2010, p. 273)

Caminhando nesse sentido, a Lei 12.015 de 2009 adveio no intuito de atender à demanda social, uma vez que reconhecer a dignidade sexual da vítima foi um ato de avanço na seara dos costumes e de aproximação para com as diretrizes constitucionais da Magna Carta. (RIBEIRO, 2011, s.p.)

Caminhando nesse sentido, preleciona Andre Estefam

> A expressão escolhida, em nosso sentir, foi oportuna e se encontra em sintonia com o Texto Maior. Deveras, o Direito Penal não se volta à proteção de regras puramente morais ou éticas, mas notadamente à defesa de bens jurídicos (concepção dominante). (ESTEFAM, 2009, p. 19)

Portanto, verifica-se que, ao instituir a dignidade sexual da vítima como bem jurídico tutelado nos delitos de estupro, a Lei 12.015/09 e a Constituição Federal de 1988 afirmam direitos fundamentais do sujeito passivo, como a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana. (SANTOS, 2013, s.p.)

2.1 DA RUBRICA DOS "CRIMES CONTRA OS COSTUMES" E A REPERCUSSÃO DO ESTUPRO COMO CONDUTA VIOLADORA À MORAL PRIVADA

Considerando a evolução histórica do direito penal brasileiro no tempo, evidencia-se que, na época do Brasil enquanto colônia, muito embora existisse um regime conservacionista, os delitos sexuais eram vistos como um problema a ser vencido. (PAULA, 2007, p. 44)

Em verdade, as ordenações Filipinas foram criadas a fim de retratar a realidade europeia, mais precisamente de Portugal, não condizendo em alguns aspectos com a realidade brasileira. Contudo, considerando que o estupro era visto como um problema mundial, o legislador possuía a obrigação de retratá-lo em lei. (PAULA, 2007, p. 44)

Embora existissem claras críticas a essa legislação, havia inúmeras qualidades expostas em sua redação, tais como a distinção entre infrações morais e delitos legais, a definição do termo vítima nesse contexto, e a separação dos delitos dessa natureza em várias seções a fim de abordá-los de um modo mais organizado. (PAULA, 2007, p. 44)

Outro aspecto importante desse momento histórico foi a definição do bem jurídico tutelado em tais práticas delituosas. Evidentemente, o Código Penal da época não se preocupava em defender a honra e integridade da vítima, mas tão somente proteger o núcleo da moral social e a honra da população.

Sobre a definição de bem jurídico, Gianpaolo Poggio Smanio e Humberto Barrionuevo Fabretti prelecionam

> Os interesses sociais que, por serem caros à sociedade, merecem a proteção da ordem jurídica são chamados de bens jurídicos.Assim, todos os bens jurídicos são interesses vitais dos indivíduos ou da comunidade que, em determinado momento, passaram a necessitar da tutela do sistema jurídico.Os interesses não são criados pela ordem jurídica, mas surgem do próprio desenvolvimento natural da vida, de forma que somente quando recebem a proteção do Direito é que os interesses são elevados ao status de bem jurídico. (SMANIO; FABRETTI, 2010, p. 99)

Nesta senda, o que se enxergava era a preocupação em manter a conduta social atrelada a um padrão pré-estabelecido pelo Estado. Ao definir esse padrão, ele acabava por desrespeitar a moral privada de cada indivíduo. (PAULA, 2007, p. 44)

Surge então a necessidade de se elaborar uma legislação que supere o costume como bem jurídico tutelado e reconheça a dignidade sexual da vítima como direito que decorre de princípios constitucionais. Isso porque, com o avanço da sociedade e a ausência de atualização das leis penais durante

décadas, os diplomas legais não conseguiam acompanhar os fatos sociais. (SANTANA, 2010, s.p.)

Desse modo, estabelecer o argumento de que os crimes sexuais atentavam contra os costumes representava uma proteção deficitária à vítima, uma vez que a *mens legislatoris* era tão somente a de regular a forma com que cada indivíduo se portasse sexualmente perante à sociedade, pouco importando a sua dignidade. (SANTANA, 2010, s.p.)

Caminhando nesse sentido, Luiz Flavio Gomes conceitua os costumes

> Os costumes são "normas" de comportamento que as pessoas obedecem de maneira uniforme e constante (requisito objetivo), com a convicção de sua obrigatoriedade jurídica (requisito subjetivo). No âmbito penal, os costumes, como fontes informais, jamais podem criar crime ou pena ou medida de segurança ou agravar a pena. Podem, entretanto, beneficiar o agente (em casos específicos – cf. RT 594/365). (GOMES, 2007, s.p.)

Com o advento da Lei 12.015 de 2009, algumas críticas foram aceitas e refletidas. O diploma legal representou um marco histórico na evolução dos direitos da mulher, ao retirar de sua redação termos antes vistos pejorativos, tal como “mulher honesta”. (PAULA, 2007, p. 44)

Além disso, a referida Lei, juntamente à Constituição Federal de 1988, representou avanço no que tange à isonomia de direitos entre o homem e a mulher, não a enxergando desta vez como único ser passível da prática do estupro. Isso permitiu um olhar mais atencioso aos homens vítimas do delito e às pessoas que não pudessem representar por si só resistência à ação. (PAULA, 2007, p. 44)

Sobre a isonomia abarcada pela referida legislação, Tiago Fachini aduz que “O princípio da isonomia, também chamado de princípio da igualdade, é um princípio que se encontra dentro do ordenamento jurídico brasileiro e na grande maioria dos ordenamentos jurídicos de países democráticos do mundo inteiro.” (FACHINI, s.d., s.p.)

O que se verifica é o fato de que hodiernamente a legislação penal brasileira não mais adota o argumento de que o crime de estupro viola os costumes sociais. Isso porque o advento da Magna Carta de 1988 trouxe como

fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, nele compreendida a dignidade sexual. (PAULA, 2007, p. 44)

Sobre o tema em comento, o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 dispõe

> Art. 1º 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, 1988, s.p.)

Nesse contexto, Aline Ribeiro Pereira discorre sobre tal preceito

> O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser entendido como a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo. É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e tem sua previsão no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Assim, é fundamento basilar da República. (PEREIRA, 2021, s.p.)

Caminhando nesse mesmo sentido, André Ramos Tavares demonstra a amplitude de tal conceito

> Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (TAVARES, 2020, s.p.)

Ainda sobre o tema, preleciona Celso Ribeiro Bastos

> o termo "dignidade da pessoa" visa a condenar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no diaadia de nosso país. Este foi, sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como por exemplo, o econômico. (BASTOS, 2010, p. 227)

Nesta toada, surge o reconhecimento do princípio da dignidade sexual da pessoa humana, enxergado como decorrência da dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, Caio Felipe Machado Sampaio preleciona que

> A DIGNIDADE SEXUAL É uma das facetas da dignidade da pessoa, objeto jurídico de todos os crimes contra dignidade sexual, mesmo de maneira indireta, para aqueles tipos onde se visa proteger a liberdade sexual.Trata-se da condição humana nas relações sexuais, o respeito e preservação de sua faceta sexual, não sendo condizente a um Estado Democrático de Direito a sua exploração ou abuso, pelo fato do ser humano ser o fim último da sociedade. (SAMPAIO, 2015, s.p.)

Portanto, a Lei 12.015 de 2009 trouxe uma concatenação das leis penais para com a Constituição Federal de 1988, de modo que o ordenamento jurídico penal passasse a adotar os princípios constitucionais e reconhecesse a dignidade sexual das vítimas de estupro como meio necessário para se garantir a moral privada de cada indivíduo. (SANTANA, 2010, s.p.)

2.2 A GUINADA MODIFICACIONAL NO ÂMBITO PENAL: REFLEXOS DA LEI Nº 12.015/2009 E A ADOÇÃO DA LOCUÇÃO “DIGNIDADE SEXUAL”

Conforme citado anteriormente, a legislação penal classificava o delito de estupro como um ato atentatório aos costumes da população em geral. Isso, à época, demonstrou-se ultrapassado, uma vez que a evolução da sociedade não mais permitia tal entendimento. (JÚNIOR, 2016, p. 07)

Nesse contexto, surge a Lei 12.015/2009, definindo agora a dignidade sexual como o bem jurídico tutelado contra tal prática delituosa. Desse modo, esse dispositivo legal ganhou notoriedade, haja vista sua sintonia com preceitos constitucionais e pelas consideráveis alterações promovidas no Código Penal. (JÚNIOR, 2016, p. 07)

Prefacialmente, é de se destacar que o Código Penal de 1940 sofreu modificação na seção dos crimes contra a dignidade e liberdade sexual, a começar pelo delito de estupro, fruto da referida Lei 12.015/2009. (JÚNIOR, 2016, p. 07) Senão, vejamos

> 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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 1 o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 2 o Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940, s.p.)

Considerando o contexto no qual prevalece a dignidade da pessoa humana, esse diploma legal sincronizou-se com as demandas constitucionais. Tal fato encontra baliza em alguns argumentos. (RODRIGUES, 2016, s.p.)

Preliminarmente, verifica-se que, antes dessa Lei, o Código Penal destinava o delito de estupro à defesa da mulher, não vislumbrando a possibilidade de um homem ser sujeito passivo de tal crime. Além disso, as penas cominadas para o crime em comento mereciam ser retificadas. (RODRIGUES, 2016, s.p.) Veja-se:

> Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
> Pena - reclusão, de três a oito anos.
> Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990)
> Pena - reclusão de quatro a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996)
> Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) (BRASIL, 1940, s.p.)

Em segundo lugar, verifica-se a revogação formal do delito de atentado violento ao pudor, que agora passa fazer parte do delito de estupro

> Atentado violento ao pudor (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

> Pena - reclusão de dois a sete anos. ' (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão de três a nove anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996
> Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940, s.p.)

Sobre o tema, Capez preleciona que o estupro

> consiste em forçar, compelir, coagir a alguém sendo mulher ou homem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a conjunção carnal, outras formas de realização do ato sexual, que não seja a conjunção carnal, como, por exemplo, o sexo oral ou anal, assim como na permissão que com ele se pratique de forma passiva outro ato libidinoso. (CAPEZ, 2013, p.35)

Em verdade, o crime anteriormente mencionado passou pelo fenômeno jurídico penal do princípio da continuidade típico-normativa, que

> significa a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento para outro tipo penal. A intenção do legislador, nesse caso, é de que a conduta continue sendo considerada criminosa, porém, em outro dispositivo legal. Trata-se de uma supressão formal do crime. (LEITE, 2021, s.p.)

Em outras palavras, houve uma transposição de tipicidade para o crime acima mencionado. Ao invés de ser punido de forma diferente, o legislador resolveu uni-lo ao delito de estupro. (LEITE, 2021, s.p.)

Para além disso, a Lei 12.015/2009 passa a garantir através de sua redação uma das vertentes da liberdade, diga-se, a liberdade sexual. (RODRIGUES, 2016, s.p.) Sobre o tema, preleciona Luiz Regis Prado

> Entende-se por liberdade sexual a vontade livre de que é portador o indivíduo, sua autodeterminação no âmbito sexual, ou seja, a capacidade do sujeito de dispor livremente de seu próprio corpo a prática sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos, tanto no tocante a relação em si, como no concernente a escolha de seu parceiro" (PRADO, 2014, p.1025-1026).

O principal ponto de modificação trazido pela Lei foi o entendimento acerca do bem jurídico tutelado pelo crime de estupro. Anteriormente à legislação, o legislador se atentava à moralidade social, ou seja, ao comportamento que o indivíduo deveria adotar perante à sociedade. (JÚNIOR, 2016, p. 07)

Fato é que, à época, os crimes sexuais eram destinados à tutela da mulher, considerada como potencial vítima dessas práticas. Com o passar do tempo e principalmente com as posições de destaque e igualdade logradas pela parcela social feminina, a população não mais comportava essa predefinição de bons costumes trazida pela legislação penal. (WILSON DE JÚNIOR, 2016, p. 07)

Em consonância com o tema, Samuel Cassemiro Rodrigues preleciona que

> Com o advento da Lei nº 12.015 de 2009, o legislador deixou de se preocupar com os bons costumes e passou a tutelar sobre a dignidade sexual, tanto da mulher, quanto do homem e dos que são considerados vulneráveis, unificando o crime de estupro com o atentado violento ao pudor, passando a configurar crime único e autônomo. (RODRIGUES, 2016, s.p.)

Sendo assim, a Lei 12.015/2009 promoveu muito mais que a isonomia de gênero: o referido dispositivo legal permitiu a liberdade sexual e garantiu, destarte, a dignidade sexual da vítima dos delitos de estupro. (WILSON DE JÚNIOR, 2016, p. 07)

Sobre a dignidade, Immanuel Kant preleciona

> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento (affektionspreis); mas o que se faz condição para coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. (KANT, 2004, p. 65 *apud* WILSON DE JÚNIOR)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar um olhar mais humanitário para com as vítimas do delito de estupro. Isso porque, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser reconhecido como fundamento da República Federativa do Brasil e princípio basilar do Estado Democrático de Direito. (RODRIGUES, 2016, s.p.)

Para Luís Roberto Barroso, tal princípio "identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo", o qual se relaciona "tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência". (BARROSO, 2013, p. 178-179)

Em complemento ao tema, Guilherme de Souza Nucci disserta que

> O respeito à dignidade humana conduz e orquestra a sintonia das liberdades fundamentais, pois estas são os instrumentos essenciais para alicerçar a autoestima do indivíduo, permitindo-lhe criar seu particular mundo, no qual se desenvolve, estabelece laços afetivos, conquista conhecimento, emite opiniões, expressa seu pensamento, cultiva seu lar, forma família, educa filhos, mantém atividade sexual, satisfaz suas necessidades físicas e intelectuais e se sente, enfim, imerso em seu próprio casulo. (NUCCI, 2013, p. 31).

Portanto, verifica-se que o advento da Lei 12.015/2009 garantiu a proteção da dignidade da pessoa humana em seu aspecto sexual, e consolidou a proteção jurídica à dignidade sexual da vítima, rompendo com a preocupação de se defender a moralidade social e os costumes. Além disso, buscou a isonomia de proteção, tanto para os homens e mulheres, como para aqueles considerados vulneráveis. (RODRIGUES, 2016, s.p.).

2.3 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM QUALIFICAÇÃO: ANÁLISE SOBRE OS ELEMENTOS CONSTITUINTES DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

Diante de tamanha revolução no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 12.015/2009 apresentou pela primeira vez em sua redação a figura do estupro de vulnerável, sendo considerada, a partir de então, conduta criminosa passível de punição. (BEZERRA, 2018, s.p.)

É de se destacar que, mesmo o agente não praticando a conjunção carnal com a vítima, caso proceda com qualquer outro ato libidinoso em face desta, será punido a título de estupro de vulnerável. (LOPES; RIBEIRO; 2021, s.p.)

Mais uma vez, o referido dispositivo legal se sincroniza com os preceitos constitucionais emanados da Magna Carta de 1988. O objetivo é claro: além de ampliar o rol de possíveis vítimas, visa garantir também total proteção aos menores de 14 anos, em virtude do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. (BEZERRA, 2018, s.p.)

Em complemento ao tema, Guilherme de Souza Nucci define a pessoa dotada de vulnerabilidade como aquela “incapaz de consentir validamente para o ato sexual” (NUCCI, 2009, p. 35)

Em mesma sintonia, André Estefam a define como aquela que “em face de alguma condição pessoal (transitória ou perene), não dispõe de forças ou de compreensão para resistir a um ataque contra sua dignidade sexual.” (ESTEFAM, 2009, p. 64)

Nesse contexto, por força da Lei em comento, o Código Penal incluiu em seu capítulo II, que versa sobre os crimes sexuais praticados contra os vulneráveis, o crime do estupro de vulnerável conforme se segue

> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 2o (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 3o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 4o Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais

> anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) (BRASIL, 1940, s.p.)

Em primeira instância, evidencia-se que o artigo acima mencionado não restringe a figura da vítima à pessoa menor de 14 anos. Isso porque seu parágrafo primeiro abarca mais duas hipóteses de ocorrência do delito. A primeira diz respeito à pessoa que não possa discernir o ato por alguma espécie de retardo mental, e a segunda se refere à pessoa que por qualquer outra causa não possa oferecer objeção à conduta. (LOPES; RIBEIRO; 2021, s.p.)

Em relação ao objeto jurídico tutelado pelos dispositivos penais, além da dignidade e liberdade sexual da vítima, Rogério Greco vai além ao prelecionar que "poderíamos apontar como bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual." (GRECO, 2009, p. 12)

Considerando que o caput possui dois verbos do tipo penal, Rogério Greco dispõe que

> o núcleo ter, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo constranger, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (quatorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável. (GRECO, 2009, p. 66)

Desse modo, resta evidente que, diversamente do delito de estupro comum, o estupro de vulnerável não exige para a sua consumação a violência ou grave ameaça, sendo possível sua caracterização até mesmo por meio de fraude. (REIS, 2010, p.15)

Caminhando nesse sentido, em se tratando do delito de estupro de vulnerável, não é permitida a sua prática na modalidade culposa haja vista a ausência de previsão legal para tanto. Isso porque, por força do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém

pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” (BRASIL, 1940, s.p.)

Sobre o tema, Rogério Greco preleciona

> O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de estupro de vulnerável, devendo abranger as características exigidas pelo tipo do art. 217-A do Código Penal, vale dizer, deverá o agente ter conhecimento de que a vítima é menor de 14 (quatorze) anos, ou que esteja acometida de enfermidade ou deficiência mental, fazendo com que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência. (GRECO, 2009, p. 74-75)

Com relação à tentativa, em que pesem as divergências doutrinárias, a corrente majoritária defende a ideia de que, caso o agente tenha iniciado algum ato que se configure como lascivo e que, consequentemente, seja obstado por algo estranho à sua vontade, restará caracterizada a prática em sua modalidade tentada. (ESTEFAM, 2009, p. 64)

Inobstante a Lei 12.015/2009 ter aumentado as penas do delito de estupro de vulnerável, o delito não foi veementemente punido de forma proporcional à sua negatividade. Tendo em vista que além de ferir fisicamente a vítima o delito em comento causa danos irreparáveis na seara psicológica de quem o presencia, ele foi adicionado no rol da Lei 8.072/90, que versa sobre os delitos hediondos. (REIS, 2010, p.15) Senão, veja-se

> Art. 1o 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:
> (...)
> V - estupro (art. 213, caput e §§ 1o e 2o);
> VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o , 2o , 3o e 4o); (BRASIL, 1990, s.p.)

Por fim, há de se mencionar a possibilidade de incidência do instituto jurídico “erro de tipo” em relação ao delito em debate. Considerando que tal instituto versa sobre uma representação ilegítima da realidade, caso o agente consiga comprovar que, pela aparência, a vítima não apresenta sinais de que possui mais de quatorze anos ou que não há possibilidade de sabê-la, poderá conseguir o afastamento do delito. (LOPES; RIBEIRO; 2021, s.p.)

Em complemento à situação acima mencionada, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que o conhecimento da idade da vítima é circunstância elementar no direcionamento do julgamento. Desse modo, em sede de Apelação Criminal, proveu recurso no sentido de se garantir a absolvição do suspeito, dado o desconhecimento da real idade da vítima. (BRASIL, 2011, s.p.). Veja-se

> APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA - ERRO DE TIPO - ABSOLVIÇÃO. 1. Tendo o agente praticado a ação típica, incidindo, contudo, em erro escusável sobre circunstância elementar, relativa ao desconhecimento da idade da vítima, configurando o chamado erroraetatis, afastado fica o dolo do tipo e a tipicidade da conduta, impondo-se a sua absolvição. 2. Recurso provido. (BRASIL, 2011, s.p.)

Um claro exemplo de afastamento do estupro de vulnerável é a situação em que o agente conhece a vítima em uma casa de festas, onde a entrada só é permitida para maiores de dezoito anos. Caso após a relação sexual ocorra uma alegação de estupro de vulnerável, o agente poderá se valer do erro de tipo, uma vez que não era possível presumir, tanto pelo aspecto físico quanto pelo ambiente, que a vítima era menor de quatorze anos. (LOPES; RIBEIRO; 2021, s.p.)

3 OS EFEITOS DA SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL: REFLEXÕES SOBRE A PRIMAZIA DA PALAVRA DA VÍTIMA SOBRE O AGENTE DELITUOSO

Prefacialmente, é de se destacar que a memória nada mais é do que a reaquisição de uma informação guardada no cérebro. Nesse contexto, ela é vista por alguns especialistas como o índice de identificação da nossa personalidade. (MASI, 2015, s.p.)

Dessa maneira, Gabriela Cabral da Silva Dantas a define como

> o armazenamento de informações e fatos obtidos através de experiências ouvidas ou vividas. Relaciona-se fortemente à aprendizagem que é a obtenção de novos conhecimentos, pois utiliza a memória para reter tais informações no cérebro. Existem duas formas de adquirir e armazenar informações. (DANTAS, s.d., s.p.)

Em complemento ao tema, preleciona Equipe eCycle

> A memória também oferece aos indivíduos uma estrutura por meio da qual podem compreender o presente e o futuro. Como tal, ela desempenha um papel crucial no ensino e na aprendizagem. Existem três processos principais envolvidos na retenção de lembranças: a codificação, o armazenamento e a recuperação. (ECYCLE, s.d., s.p.)

Sendo assim, a memória possui algumas características, tais como a mutabilidade, seletividade e flexibilidade. Nesse orbe, após todo o seu processo de construção, os neurônios ficam responsáveis pelo seu armazenamento, sendo a memória regida por alguns fatores como o ânimo, a consciência e até mesmo pelas próprias emoções do indivíduo. (MASI, 2015, s.p.)

Ainda sobre a conceituação de memória, o psicólogo Robert Sternberg a define como “o meio pelo qual você recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refere-se a um processo de

mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação" (Sternberg, 2000, p. 204).

Com o advento das inovações tecnológicas do século XX e a necessidade de se entender melhor a mente humana, o conhecimento da memória passa a alcançar notoriedade e destaque no campo científico. Com isso, na década de 90, os pesquisadores redirecionaram a atenção para descobrirem o porquê de a memória ser inexata e tão passível de distorções, após vários estudos acerca da memória oriunda de eventos impactantes. (MASI, 2015, s.p.)

Nesta toada, os especialistas passaram a estudar casos em que as pessoas relatavam algo de forma simples e espontânea, mas que na verdade jamais ocorreram ao longo de sua existência. Eles constatavam ainda que, em alguns casos, a pessoa se lembrava de um evento que ocorreu de maneira diferente da relatada. (MASI, 2015, s.p.)

Nesse contexto, foi verificado que as memórias estão retidas em um espaço do cérebro denominado hipocampo, responsável por estimular e controlar as interrelações dos neurônios. Como exemplo, quando se grava uma data comemorativa, o cérebro cria uma interconexão com vários neurônios através do hipocampo que ficam responsáveis pela referida informação. Assim, quando contestado sobre a data, essa rede neural é ativada a fim de se recuperá-la. (ELER, 2018, s.p.)

Ao contrário da mentira, a falsa memória pauta-se na ilusória percepção de um fato ocorrido, ou seja, o agente não possui consciência de que a sua memória é de fato inautêntica. Destarte, o agente acredita veementemente na recuperação do evento ocorrido e, por isso, não se pode definir a falsa memória como uma patologia, uma vez que o seu ciclo de execução ocorre dentro da normalidade da mente humana. (MASI, 2015, s.p.)

Em complemento ao tema, Lilian Stein salienta

> Os avanços das pesquisas em Psicologia Experimental Cognitiva, na última década, possibilitaram a confirmação cientifica e, hoje em dia, inquestionável, de que o transcurso do tempo pode transformar as lembranças. Essas recordações sobre eventos vividos podem ser distorcidas internamente ou por sugestões externas (intencionais ou acidentais). (STEIN, 2003, p 153)

Portanto, é de se mencionar que a falsa memória surge no instante em que o indivíduo não é capaz de recuperar uma informação de forma plena e integral. Esse erro de reprodução da memória pode ocorrer por fatores que compõem o seu próprio ciclo de formação ou de forma incentivada, por fatores externos. (OLIVEIRA, 2019, s.p.)

Considerando que o sistema de justiça brasileiro carece de estrutura e que as investigações por ele desenvolvidas não detêm tecnologia suficientemente avançada para a produção de provas materiais com qualidade científica, uma das saídas mais recorrentes por ele adotada é a prova testemunhal. (MASI, 2015, s.p.)

Por tudo isso, a reconstituição fática do crime depende, muitas vezes, exclusivamente da palavra de um envolvido, seja ele vítima, testemunha ou agressor. É nesse cenário de insegurança jurídica que os ramos da psicologia comportamental e a neurociência ganham destaque no processo criminal. (MASI, 2015, s.p.)

Em relação ao objetivo das decisões proferidas em sede judicial, não há margem para dúvidas que buscarão somente a aplicação do direito para a promoção da justiça. Embora a intenção seja essa, muitos processos acabam por depender exclusivamente da prova testemunhal e, consequentemente, a sentença tende a segui-la. (OLIVEIRA, 2019, s.p.)

Tudo isso porque o Brasil adota o sistema do livre convencimento motivado, através do qual o magistrado valora todas as provas colhidas no curso do processo e, consequentemente, prolata a decisão. (CAPEZ, 2013. p. 75 e 413) Em verdade, tal sistema não permite que o juiz direcione a sua decisão para apenas uma prova. Essas devem ser ponderadas sobre um parâmetro global, de maneira equânime. (OLIVEIRA, 2019, s.p.)

Sobre esse sistema, Bernardo Gonçalves Fernandes acrescenta que tal mecanismo se apresenta como “aquele em que o juiz, observados os limites do sistema jurídico, pode dar a sua própria valoração à prova, sendo dever seu o de fundamentar, isto é, justificar a formação de sua convicção.” (FERNANDES, 2011, s.p.)

Sobre as falsas memórias, Carlo Velho Masi às divide em dois grupos. O primeiro diz respeito àquelas memórias que se maculam por fatores internos, ou seja, o próprio indivíduo fomenta a sua inautenticidade. Portanto, são chamadas de espontâneas. Em relação ao segundo grupo, diga-se, o das falsas memórias sugeridas, o indivíduo é influenciado por fatores externos. Desse modo, seu cérebro faz uma espécie de fusão entre a real memória e informações falsas. (MASI, 2015, s.p.)

Em complemento ao tema, Lilian Milnitsky Stein salienta que

> nossa memória é suscetível à distorção mediante sugestões de informações posteriores aos eventos. Além disso, outras pessoas, suas percepções e interpretações podem influenciar a forma como recordamos dos fatos." (STEIN, 2010, p. 26).

Sobre as duas classificações das falsas memórias, Carlo Velho Masi acrescenta

> Enquanto as falsas memórias espontâneas são meros erros da própria memória, as sugeridas podem ocorrer de forma acidental ou deliberada ("efeito de sugestão de falsa informação"). Após vivenciar um determinado fato, transcorre um período no qual é apresentada uma informação nova como sendo integrante daquele fato, quando na realidade não é. Essa falsa informação tende a reduzir as lembranças verdadeiras e aumentar as falsas memórias. (MASI, 2015, s.p.)

Portanto, evidencia-se que, por insuficiência de recursos, muitas vezes as investigações se concentram na prova testemunhal e essa é passível de alterações por fatores externos à testemunha. Desse modo, quando o magistrado se concentra na palavra da vítima, surge uma insegurança jurídica para a pessoa do suspeito, pois este não possui recursos suficientes para combater a primazia da prova testemunhal, a qual acaba sobressaindo sobre outros fatores do processo. (OLIVEIRA, 2019, s.p.)

3.1 A DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DA SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS

Apresentados os conceitos introdutórios acerca da memória, faz-se necessário o aprofundamento sobre o tema. Partindo da premissa que a memória representa a recuperação de um fato ocorrido no cotidiano de uma pessoa e que possui o objetivo de potencializar a aprendizagem, a falsa memória está intimamente relacionada à lembrança legítima. (GUERRA, 2021, s.p.)

Sobre o tema, Cíntia Marques Alves e Ederaldo José Lopes salientam que “Falsas Memórias (FM´s) ocorrem quando uma pessoa lembra de eventos que não aconteceram, situações que nunca presenciou, lugares onde nunca esteve, ou então, se lembra de maneira distorcida do que realmente houve.” (ALVES; LOPES, 2007, s.p.)

Nesse contexto, é necessário esclarecer que os primeiros experimentos acerca das falsas memórias recaídas sobre crianças iniciaram-se na Alemanha e na França, respectivamente nos anos de 1910 e 1890. Sob a direção de Binet e Stern, as pesquisas concluíram que, quando indagadas por comentários parciais, as crianças confirmavam erroneamente os fatos. (ALVES; LOPES, 2007, s.p.)

Em complemento ao tema, Ricardo Breier e Jorge Trindade prelecionam

> existem indicadores (vulnerabilidade, experiência limitada, labilidade, aspectos de imaginação e simbolização, dentro outros) sugestivos de que crianças de tenra idade são mais suscetíveis a influências tanto de ordem exterior quanto de ordem interior – estas advindas de seu próprio mundo interno (fantasias) –, seja pelas características da etapa do ciclo vital em que se insere a infância, seja porque a criança ainda está pouco equipada com a carga de experiências que a vida pode emprestar. (BREIER; TRINDADE, 2013, p. 59)

Para Frederic Bartlett, a ação de evocar uma lembrança está diretamente associada a uma sistemática construtiva, que se constata a partir de uma complexa estrutura de vivências e de conhecimento empírico adquirido por um indivíduo. (BARTLETT, 1932, s.p. *apud* GUERRA, 2021, s.p.)

Desse modo, quando se é formada uma memória, ou seja, uma lembrança de um determinado evento, há a possibilidade de o cérebro humano acrescentar informações ao recuperá-la. Isso porque a falsa memória nada

mais é que a incorporação de uma nova informação a uma memória previamente criada. (GUERRA, 2021, s.p.)

Segundo Gustavo Noronha de Ávila,

> Falsas memórias consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram ou aconteceram de forma diversa de como lembrado pela vítima/testemunho. A interpretação errada de um acontecimento também pode desencadear esse processo. (ÁVILA, 2015, s.p.)

Por outro lado, para Heiny Harold Diesel

> Falsa Memória poderia ser entendida como um relato distorcido ou distorção no lembrar. A distorção no relato pode ocorrer de forma espontânea, por interferência externa acidental ou intencional. A interferência externa pode ocorrer pela mediação da comunidade verbal sob o relato das memórias. O procedimento das listas semanticamente relacionadas utilizado para produzir a Falsa Memória na pesquisa analisada, enquadra o fenômeno obtido como uma falsa memória produzida por interferência externa intencional. (DIESEL, 2018, p. 09)

Esse processo de reestruturação da memória inicial geralmente ocorre através de dois processos, quais sejam, o da associação e o da indução. No primeiro processo, a incidência da falsa memória parte do pressuposto de que a memória legítima possui afinidade para com ela. Desse modo, há uma relação de similaridade entre as duas informações. Por outro lado, no processo de indução, a falsa memória é sugerida falsamente por um terceiro, ou seja, é criada a partir de um fator externo à mente. (GUERRA, 2021, s.p.)

Jorge Trindade, em seu Manual da Psicologia Jurídica para operadores do Direito, retrata um real caso de incidência da síndrome das falsas memórias, as quais foram ardilosamente aplicadas na mente da vítima de forma a retratar acontecimentos alterados. Senão, veja-se

> Nadem Coll, uma americana que iniciou seu tratamento para depressão utilizando de psicotrópicos e hipnose. Foi diagnosticada com Transtorno de Personalidades Múltiplas, sendo estabelecido que possuía 126 personalidades, dentre elas as de uma viciada em heroína, de noiva de Satã e, até mesmo, de um pato. Seu psiquiatra também afirmou que tinha sido sexualmente violentada na infância e participada de rituais satânicos com assassinatos de bebês, e canibalismo, nos

> quais seu pai era líder do culto (...) A paciente processou o terapeuta e conseguiu um acordo de 2,4 milhões de dólares num julgamento em que várias ex-pacientes do psiquiatra testemunharam, referindo que suas histórias tinham bastante similaridade com o drama de Nadean. (TRINDADE, 2014, p. 216)

Dessa maneira, o cérebro possui a necessidade de reter novas informações como um aprendizado. Consequentemente, quando ele se depara com uma nova informação que possui relação com a memória previamente criada, ele realiza uma fusão entre as duas, não se preocupando com a procedência da informação. (GUERRA, 2021, s.p.)

Tomando como supedâneo o caso concreto em comento, evidencia-se que a incidência das falsas memórias em um processo criminal retrata um problema a ser combatido pelo sistema de justiça. Como fator agravante à situação, tem-se o fato de que a ocorrência de falsa memória sequer consta no catálogo de classificação de doenças internacionais. Sendo assim, o processo de criação de leis a fim de regulamentá-la fica prejudicado. (GUIMARÃES, 2014, s.p.)

Para uma situação do cotidiano, a incidência de uma falsa memória não causa prejuízos para as partes envolvidas. Contudo, quando ela é inserida em uma esfera criminosa, sem dúvidas irá causar danos, seja à vítima ou ao suspeito. (GUERRA, 2021, s.p.)

No que diz respeito aos casos em que a vítima é menor de idade, Henrique Saibro salienta

> Em se tratando de delito sexual supostamente perpetrado contra pessoa vulnerável, como um menor de idade, a avaliação psíquica assume um papel protagonista na apuração do delito, tendo em vista a dificuldade de uma pessoa não ligada ao meio da psicologia/psiquiatria perceber o grau de confiabilidade da versão do infante. (SAIBRO, 2016, s.p.)

No procedimento criminal, especialmente em relação à prova testemunhal, apenas uma pergunta de cunho específico ou até mesmo àquelas que carregam consigo um caráter de parcialidade podem interferir na incidência de uma falsa memória. (GUERRA, 2021, s.p.)

Como exemplo do que se afirma, existem casos de pessoas julgadas erroneamente pelo Judiciário, porque o sistema pautou-se exclusivamente na prova testemunhal. Israel de Oliveira Pacheco passou dez anos preso por ser julgado pelo crime de estupro, no Rio Grande do Sul. Decorrido esse lapso temporal, o Supremo Tribunal Federal reconsiderou o julgamento, uma vez que um exame de DNA o inocentava. (MATOS, 2019, s.p.)

Fato é que casos que envolvem estupro carregam consigo um estigma social que, muitas vezes, são condenados pela população antes mesmo de serem julgados pelo tribunal. (ALMEIDA, 2016, s.p.)

Exemplo disso é o caso de Juvenal Paulino de Souza, que foi espancado pela população de Paraíso do Norte por ter sido encontrado com duas crianças em um caminhão. Após sua morte por não resistir aos ferimentos, a perícia constatou que as crianças não tinham sido abusadas. (ALMEIDA, 2016, s.p.)

3.2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A ADOÇÃO DA PRIMAZIA DA PALAVRA DA VÍTIMA: REFLEXÕES À LUZ DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Conforme apresentado anteriormente, o crime de estupro, seja ele cometido contra uma vítima capaz de apresentar resistência ou contra um vulnerável, é um ilícito penal que vem sendo definido pela melhor doutrina como clandestino. (GARBIN, 2016, s.p.)

Considerando que, em sua grande maioria, o crime em comento ocorre na própria residência da vítima e que carece de vestígios, a palavra da vítima ganha especial destaque em sede de investigação e de processo criminal.(GARBIN, 2016, s.p.)

É nesse contexto que surge a problemática: a palavra da vítima utilizada como único meio de prova colhido nas investigações criminais, considerando a ausência de vestígios e inutilidade do exame pericial de corpo de delito nesses casos. (GALVÃO, 2020, s.p.)

Preliminarmente, vale dizer que prova é“todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas.” (RUBIN, 2013, s.p.)

Segundo as preleções de Cassio Scarpinella Bueno, prova é

> tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor. (BUENO, 2010, p.261)

Nesse contexto, evidencia-se que, dentro da fase instrutória processual, o testemunho, seja ele de um terceiro ou de alguém diretamente envolvido com o fato, é classificado como um meio de prova admitido no procedimento criminal.(GALVÃO, 2020, s.p.)

Contudo, mesmo que no decurso do processo as provas sejam mínimas, o juiz não pode considerar como única a palavra da vítima, por força do princípio do livre convencimento motivado do juiz, que encontra supedâneo no artigo 155 do Código de Processo Penal.(GARBIN, 2016, s.p.) Senão, veja-se

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941, s.p.)

O que ocorre na prática é o fato de que a ausência de outras provas gera a prevalência da palavra da vítima nos delitos praticados contra a dignidade sexual. Surge então o dilema: defende-se a liberdade sexual da suposta vítima ou tutela-se a honra e a moralidade da pessoa do acusado.(GALVÃO, 2020, s.p.)

Nesse contexto, Antônio Alberto Machado preleciona que o magistrado, ao exercer sua imparcialidade, deve se atentar para o fato de que, em grande maioria, as vítimas carregam um sentimento negativo contra o suspeito e, por esse motivo, tende a fazer com que o procedimento criminal o condene. O produto dessa situação é a insegurança jurídica que se gera em face do investigado. (MACHADO, 2014, s.p.)

Nesse orbe, Adalberto José Aranha discorre sobre a importância de se analisar as características do depoente

> é essencial a procura por informação, deve se buscar os antecedentes dos autores (vitima e acusado) desde formação moral, intelectual, estado mental e psicológico, pois quanto aos depoimentos, em sua analise pode valorar e embasar, dando mais suporte e consistência ao juiz na hora de sua decisão. (ARANHA, 2004, p. 323 *apud* GALVÃO, 2020, s.p)

Em complemento à problemática apresentada, Guilherme de Souza Nucci salienta que os delitos de estupro de vulnerável rotineiramente se desenvolvem de forma obscura, sendo impedida a sua comprovação pelos mecanismos de provas existentes no ordenamento jurídico. Nesse sentido, resta o depoimento da vítima. (NUCCI, 2015, s.p.)

Ademais, as provas devem ser fiscalizadas com cautela, concentrando-se na palavra da vítima, de forma a se obter o máximo de informações dos envolvidos no fato, evitando-se, consequentemente, injustiças que firam princípio basilares do Direito Penal, como o do *indubio pro réu* e o da presunção de inocência. (NUCCI, 2015, s.p.)

Sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi, a quinta câmara do Superior Tribunal de Justiça já fortaleceu seu posicionamento no sentido de se garantir extrema importância à palavra da suposta vítima em delitos marcados pela clandestinidade, como o estupro de vulnerável.(GALVÃO, 2020, s.p.)

Portanto, a sua palavra pode gerar uma condenação criminal, desde que em harmonia com os princípios que regulam o ordenamento jurídico, bem como a sua ponderação com as demais provas.(GALVÃO, 2020, s.p.) Veja-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA.ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal estadual, ao analisar os elementos de prova constantes nos autos, entendeu pela ratificação da decisão de primeira instância que condenou o ora agravante pelo crime de estupro de vulnerável. 2. A pretensão de desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei federal, pugnando pela absolvição ou readequação típica da conduta, não encontra amparo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material fático-probatório, que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.3. Este Sodalício há muito

> firmou jurisprudência no sentido de que, nos crimes contra a dignidade sexual, geralmente ocorridos na clandestinidade, a palavra da vítima adquire especial importância para o convencimento do magistrado acerca dos fatos.4. Assim, a palavra da vítima mostra-se suficiente para amparar um decreto condenatório por delito contra a dignidade sexual, desde que harmônica e coerente com os demais elementos de prova carreados aos autos e não identificado, no caso concreto, o propósito de prejudicar o acusado com a falsa imputação de crime. 5. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2018, s.p.)

Nesta toada, o doutrinador Gustavo Henrique Badaró preleciona, em uma de suas obras, sobre a importância da palavra da vítima na instrução processual criminal. Segundo ele, embora o sistema criminal brasileiro dê ênfase à importância da valoração das provas em caráter global e harmonioso, as provas testemunhais “devem ser recebidas com grande reserva”. (BADARÓ, 2012, p. 317)

Em complemento à temática, o Delegado de Polícia Leonardo Marcondes Machado salienta

> se o injusto penal realmente tiver ocorrido, trata-se de sujeito diretamente afetado pela conduta criminosa e, portanto, com marcas importantes no âmbito da subjetividade. Há, por óbvio, uma expressão do relato da vítima a partir de seus próprios desejos, muitas vezes inconscientes, aflorados pela experiência conflitiva (o fato criminoso) e a necessidade de reprodução histórica sob a forma de declaração no contexto da justiça criminal. (MACHADO, 2019, s.p.)

Dada a complexidade gerada pela importância conferida à palavra da vítima nos delitos sexuais, João Agostinho Monteiro Neto preleciona que

> A clandestinidade para os delitos sexuais é uma retórica invocada pelo judiciário para suprir a ausência de elementos probatórios, que visa alçar o depoimento da vítima ao status de prova no processo penal em detrimento das garantias individuais do acusado. (MONTEIRO NETO, 2021, p. 06)

Sendo assim, é inegável a íntima relação da vítima para com o fato penal. Consequentemente, as suas atuações no curso do procedimento criminal geram consequências, que podem incriminar uma pessoa inocente ou colaborar com a absolvição de um culpado. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 649)

Sobre a primazia da palavra da vítima de crimes sexuais, a 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo acompanha o entendimento do STJ. Senão, veja-se

> Apelação – Estupro de Vulnerável – Sentença condenatória – Insurgência das partes – Réu: pleito de absolvição – Ministério Público: Pedido de majoração da pena-base (culpabilidade e consequências do delito) - Palavra da vítima que tem fundamental importância em delitos desta espécie, normalmente cometidos às escondidas e envolvendo geralmente pessoas fragilizadas e com reduzida possibilidade de reação, de modo que deve ser considerada com primazia na formação do convencimento – Negativa do réu que não convence – Dicção do disposto no art. 217-A, CP – Dosimetria – Primeira fase – Pena-base fixada no mínimo legal – Respeitado o entendimento do nobre julgador, assiste razão ao representante do "Parquet" – Conduta reprovável do acusado que se aproveitou da condição de vulnerabilidade familiar e social da vítima para a prática do abuso sexual – Réu que tinha conhecimento de que o ofendido era institucionalizado – Consequências do crime – Assistente social que deixou assentado que o ofendido faz tratamento com psiquiatra e apresenta muitos problemas comportamentais em âmbito escolar – Pena-base fixada acima do mínimo legal, na fração de 1/6 (09 anos e 04 meses de reclusão) – Segunda fase – Agravante de reincidência compensada com a atenuante de menoridade relativa – Terceira fase – Ausentes causas de aumento ou diminuição da pena – Regime fechado que fica mantido – Recurso ministerial provido para o recrudescimento da reprimenda – Recurso do réu não provido. (BRASIL, 2021, s.p.)

Ainda sobre a importância que é concedida à palavra da vítima nos delitos dotados de clandestinidade, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça exprimiu o seguinte entendimento:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CP. RÉU ASCENDENTE DA VÍTIMA. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICOPROBATÓRIO. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 3. A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos contra a liberdade sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. Precedentes. 4. O simples fato de o laudo pericial não ter definido a data em que a criança contraiu o vírus HPV, bem como a alegada ausência de elemento de prova apto a

> demonstrar que o réu é portadorde tal vírus não induzem à sua absolvição por carência de prova de autoria delitiva, nos moldes do defendido pela impetrante. [...] 8. Writ não conhecido. (BRASIL, 2018, s.p.)

Consoante as preleções do doutrinador Aury Lopes Júnior, além dessa clara insegurança jurídica criada na situação acima mencionada, é de se destacar que o ofendido está desobrigado pelo procedimento processual criminal de dizer a verdade. Isso abre margem para o surgimento de alegações infundadas que obviamente não serão punidas. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 649)

Tomando como base as preleções já mencionadas, é de se destacar que o STJ possui o entendimento harmonizado de que a palavra da vítima se sobressai na investigação de delitos que envolvam a dignidade sexual. Ocorre que, ao fazer isso, o Superior Tribunal adota o sistema da tarifação de provas e deixa de seguir o livre convencimento motivado do juiz. (BRITO, 2019, p.127)

Exemplo disso é o seguinte caso julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.483.934 - TO (2014/0252428-6) RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO RECORRENTE: R M DA C ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado: REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PROVA RESULTANTE DUVIDOSA. IN DÚBIO PRO REO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Em havendo a retratação da vítima, em procedimento de justificação judicial, com participação efetiva do membro do parquet, trata-se de prova nova que entra em contradição com as declarações prestadas pela vítima durante a instrução processual. (Artigo 621, II e III, do Código de Processo Penal)
> 2. As demais provas produzidas durante a instrução denotam tão somente indícios da ocorrência do fato. 3. Em não havendo outros elementos de prova substanciais a embasar o decreto condenatório, tendo sido a palavra da vítima o sustcntáculo principal da r. sentença e do v. acórdão, a reforma das decisões é medida que se impõe, a fim de reconhecer a incidência do princípio in dúbio pro reo. 4. Lado outro, não há que se cogitar em indenização a ser paga ao requerente pelo ente Público, vez que este não deu causa às versões falsas apresentadas pela vítima, tendo as decisões anteriormente proferidas obedecido o devido processo legal, respeitando-se

> todos os direitos e garantias da parte. 5. Revisão PARCIALMENTE PROVIDA, a fim de revogar o decreto condenatório, reconhecendo a absolvição do requerente por insuficiência de provas. (BRASIL, 2017, s.p.)

Jordi Fenoll, em uma de suas preleções, afirma que casos envolvendo a clandestinidade, como o do estupro contra vulnerável, são altamente complexos. Para ele, a solução se baseia na necessidade de extrair o máximo de informações possíveis da suposta vítima, tudo isso através de uma "entrevista cognitiva". (FENOLL, 2012, p. 243)

Nesse contexto, para que se garanta um processo justo, íntegro e livre de parcialidades, é necessário, segundo Leonardo Marcondes Machado, que o sistema criminal brasileiro desenvolva a interdisciplinaridade entre as ciências criminais e a psicologia do testemunho. (MACHADO, 2019, s.p.)

3.3 A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA E A INCIDÊNCIA DA SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS

Preliminarmente, é necessário dizer que o ordenamento jurídico brasileiro se encontra repleto de conceitos e princípios que o norteiam. Nessa linha argumentativa, o Direito Penal não pode se valer de preceitos vagos e obscuros. Por esse motivo, o termo "vulnerável" no delito de estupro de vulnerável deve ser objetivo e pautado pela lei. (MARTINS, 2014, s.p.)

Nesse contexto, veja-se a redação do artigo 217-A do Código Penal e do seu parágrafo único

> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940, s.p.)

Em complemento ao tema, veja-se, também, o disposto no artigo 218-B do referido dispositivo legal

> Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 1o Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 2o Incorre nas mesmas penas: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> 1. - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> 2.- o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940, s.p.)

Indiscutivelmente, a maioria dos conceitos atribuídos a uma pessoa vulnerável se refere ao ser que possui maior tendência a ser vencido em uma relação, ou seja, alguém que pode ser facilmente lesado. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2009, s.p.)

Nas preleções de Antônio Houaiss, vulnerável é aquele “que pode ser fisicamente ferido; sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido.” (HOUAISS, 2001, s.p.)

Conforme as duas previsões legais acima mencionadas, evidencia-se que o legislador criou duas classificações para o conceito de vulnerabilidade. Sendo assim, o primeiro artigo (estupro de vulnerável) traz à baila a presunção de vulnerabilidade absoluta. Por outro lado, o artigo 218-B do Código Penal menciona a presunção de vulnerabilidade relativa.(MARTINS, 2014, s.p.)

Segundo as lições de João Martins, “Na presunção absoluta a vítima é, sem dúvidas, vulnerável; é incontestável a vulnerabilidade. Trata-se de presunção que não admite prova em sentido contrário;” por outro lado, “na presunção relativa a vulnerabilidade tem que ser comprovada, sob pena de ser

desconsiderada. Trata-se de presunção que admite prova em sentido contrário.” (MARTINS, 2014, s.p.)

Embora existam alguns doutrinadores que tutelam a ideia de que a vulnerabilidade deve ser mantida como absoluta, é nítido que hodiernamente a população evoluiu e, consequentemente, as pessoas ingressam na vida sexual cada vez mais cedo.(MARTINS, 2014, s.p.)

Somado a esse fator, tem-se que, com o advento da Lei 12.015/2009, a pena para o delito em comento foi agravada. Sendo assim, a generalização da presunção de vulnerabilidade como absoluta lesa alguns princípios constitucionais como o da proporcionalidade e razoabilidade. (MARTINS, 2014, s.p.)

Sobre a vulnerabilidade da vítima, Guilherme de Souza Nucci preleciona que o consentimento da vítima deve ser valorado em cada caso, caminhando no sentido de se relativizar essa presunção. Veja-se

> Uma menor de 14 anos prostituída, que já tenha tido inúmeros contatos sexuais, com a ciência geral da comunidade, inclusive de seus pais, não poderia ser considerada incapaz de dar o seu consentimento. Não seria razoável – e o direito, em última análise, busca a justiça – punir o agente por estupro, caso mantenha com a jovem conjunção carnal. (NUCCI, 2007, p. 839).

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de forma surpreendente, decidiu pela relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima. No caso em tela, tratava-se de um casal de jovens, em que a menina possuía doze anos e o menino, vinte e dois. Considerando o relacionamento amoroso entre os dois e que os atos ocorreram de forma consentida, o tribunal entendeu que a simples análise pela idade da vítima viola preceitos constitucionais. Veja-se

> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. relação de namoro entre vítima e réu. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA, por fundamento diverso.
> Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 22 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual

> por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal.
> No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes.
> Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva. Aponta também que a ofendida apresentava certa experiência em assuntos sexuais. A análise conjunta de tais peculiaridades permite a relativização de sua vulnerabilidade.
> Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a absolvição do réu com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal (fundamento diverso ao constante da sentença). (BRASIL, 2011, s.p.)

Com o advento da Lei 12.015/2009, o delito de estupro de vulnerável passou a contar com uma interpretação objetiva. Nesse sentido, o legislador não se preocupou com o fato de o menor consentir com a relação. Sendo menor de quatorze anos, será considerado crime (GRAÇA, 2010, s.p.). Em complemento ao tema, Rogério Greco preleciona

> surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.(GRECO, 2010, p. 65)

Nesse contexto, a melhor doutrina vem se posicionando no sentido de que a relativização da presunção de vulnerabilidade gera menos riscos e garante a não incriminação do agente pelo viés da responsabilidade objetiva. Segundo Luiz Regis Prado, "não se deve aceitar a presunção de violência como fonte de certeza criminal, pois, o mesmo pode promover o desprezo pela prova e não revelar a sua verdadeira natureza." (PRADO, 2006, p. 246)

Seguindo esse diapasão, Eduardo Noronha Magalhães leciona sobre o tema ressaltando que, ao adotar a presunção absoluta de vulnerabilidade da

vítima, a legislação retrocede no tempo e adota o critério da responsabilidade objetiva. (MAGALHÃES, 2007, p. 224)

É de se destacar que, mesmo antes das alterações promovidas pela Lei 12.015/2009, a corrente majoritária da doutrina já anuía com a ideia da relativização da presunção de vulnerabilidade. Conforme salienta Julio Fabrini Mirabete

> Não se caracteriza o crime, quando a menorde14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é conrropida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes. (MIRABETE, 2006, p. 478)

Antes do advento da referida Lei remodeladora, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, posicionou-se no sentido de adoção da relativização da presunção. Senão, veja-se

> ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimentodemulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. Apresunçãodesta última, por ser a vítima menorde14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental,detratar-sedepessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausênciade configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. (BRASIL, 1996, s.p.)

Nesta toada, verifica-se que, os mesmos tribunais que inadmitem a punição pela responsabilidade objetiva, adotam a teoria da presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima. Esse posicionamento contraditório gera riscos ao investigado. (GRAÇA, 2010, s.p.)

Sobre o tema, de forma escorreita, Camilla Barroso Graça expõe a sua linha argumentativa

> Se considerarmos a vulnerabilidade no seu conceito absoluto, não será possível produzir provas em contrário, pois qualquer pessoa, em qualquer circunstância que mantiver relação sexual com menor de 14 anos será considerada presumidamente

> culpada. Fatos que violam diretamente os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa e da Presunção de Inocência, ambos descritos respectivamente no art. 5º, incisos LV e LVII da CF.(GRAÇA, 2010, s.p.)

Fato é que, atualmente, os tribunais seguem a linha de raciocínio da absoluta presunção de vulnerabilidade. Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o seguinte entendimento (súmula 593)

> O crime de estupro de vulnerável se configura 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. (BRASIL, 2017, s.p.)

Embora se tenha a impressão de que o assunto foi pacificado após esse posicionamento, há variáveis que merecem ser analisadas em cada caso concreto, uma vez que a adoção desse posicionamento extremo não tutela situações específicas do cotidiano. É o que preleciona Cezar Roberto Bitencourt

> Trata-se de pacificação na interpretação da vulnerabilidade do menor de 14 anos, caracterizador desse estupro especial. Contudo, sempre haverá a possibilidade de variantes ante o caso concreto, como, por exemplo, quando se tratar de relacionamento entre dois menores, cujo namoro seja, inclusive, do conhecimento das famílias. Certamente, situações como essas precisam do exame casuístico das peculiaridades individuais, para enfrentar adequadamente a existência ou não de lesão ao bem jurídico tutelado, a configuração ou não de conduta criminosa. (BITENCOURT, 2019, p.348)

Fato é que, mesmo após o advento da Lei nº. 13.718/18 - que precisou a vulnerabilidade dotada de caráter absoluto - e o estabelecimento da Súmula 593 do STJ, as críticas e debates acerca do tema perduram até os dias atuais. (KÜHL; OLIVEIRA, 2020, p. 157)

Nesse contexto, vale mencionar a preleção de Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak

> Insta salientar ser inegável que a iniciação sexual aos 13 anos é muito cedo, ainda mais quando o agente tinha conhecimento dessa condição. Porém, no caso dos autos, apesar do critério objetivo (idade) restaram dúvidas sobre a efetiva

> vulnerabilidade da ofendida, a qual possuía conscientemente e voluntariamente vida sexual ativa. (BRASIL, 2019, p.6)

Sendo assim, evidencia-se que é necessário um olhar mais criterioso e cauteloso em relação ao tema, visto que o estabelecimento da presunção de vulnerabilidade com base exclusivamente na idade da vítima fere diversos princípios constitucionais, como: razoabilidade, adequação social, segurança jurídica, proporcionalidade, ampla defesa e contraditório. (KÜHL; OLIVEIRA, 2020, p. 157)

Portanto, a discussão não se paira sob o argumento de que o tipo penal deva ser excluído ou que condutas lascivas devam ser classificadas. O ponto chave da questão é o fato de que não se é possível aferir a vulnerabilidade da vítima tão somente pela sua idade. É necessário um exame global, pautando-se em outras características. (BITENCOURT, 2012, p. 97-102)

Sobre o tema em comento, Luís Augusto Sanzo Brodt salienta

> à constatação da vulnerabilidade não bastam a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental. Caso contrário, ficaríamos atrelados a uma interpretação puramente literal da lei. É preciso proceder a uma interpretação sistemática, em homenagem ao princípio constitucional penal da culpabilidade" (art. 5.º, LVII, da CF). A exigência da responsabilidade penal subjetiva, requisito imprescindível à observância do princípio da culpabilidade entendido lato sensu, afasta, na hipótese, o emprego manifesto da presunção jure et de jure. Assim, ainda que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade equivalente com pessoa menor de 14 anos ou doente mental, é possível que não reste caracterizado o crime do art. 217-A. (BRODT, 2010, p. 70)

Por fim, a respeito da síndrome das falsas memórias implantadas, observa-se que atualmente os Tribunais têm adotado um posicionamento cauteloso, em vista da complexidade do julgamento. Nesta senda, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de Apelação Criminal, argumentou em caso concreto que a absolvição se faz necessária nos crimes de cunho sexual que carecem de vestígios e provas científicas. Senão, veja-se:

> APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – Sentença condenatória – Pleito absolutório – Admissibilidade - Inocorrência de flagrante – Fatos não deixaram vestígios

> passíveis de comprovação pericial – Nenhuma testemunha presencial – Laudo psicológico inconclusivo - Nem sequer se sabe ao certo as datas de ocorrência dos fatos imputados ao réu – Prova oral insuficiente – frágil conjunto probatório – Dúvida favorece o acusado – absolvição necessária – Recurso provido. (BRASIL, 2020, s.p.)

Outro exemplo de incidência da síndrome das falsas memórias implantadas e da necessidade de se avaliar os riscos de uma condenação pautada exclusivamente na palavra da vítima foi jugado em sede de apelação criminal pelo Tribunal de Justiça da Paraíba. Segundo os autos, a Egrégia Corte decidiu por adotar o princípio do *in dubio proreu*, tendo em vista que a perícia concluiu a incidência da síndrome em razão de uma relação familiar marcada por conflitos. Veja-se

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CRIANÇA DE CINCO ANOS DE IDADE. SUPOSTO RELACIONAMENTO. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS DOIS ANOS APÓS OS FATOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS. SUBSISTÊNCIA DO PEDIDO. ACERVO PROBANTE INSUFICIENTE A ENSEJAR UMA CONDENAÇÃO. LAUDO PERICIAL NEGATIVO. MEIOS PROBATÓRIOS CONFUSOS E INCONSISTENTES. DÚVIDA NA ANÁLISE DOS AUTOS. PALAVRA DA GENITORA DA VÍTIMA E DA MENOR. EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÕES. AUSÊNCIA DE CREDIBILIDADE. VERSÃO DO ACUSADO EM HARMONIA COM OS ACONTECIMENTOS FÁTICOS. CRIANÇA QUE NÃO APRESENTA DANOS. LAUDO ALERTANDO SOBRE A IMPLANTAÇÃO DE MEMÓRIAS FALSAS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ART. 386, VII, DO CPP. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Se a palavra da vítima em crime de estupro de vulnerável, foi a única voltada a incriminar o acusado e, ainda, se apresenta confusa e inconsistente, diante da forma como o cenário delitivo foi por ela montado, eis que repleta de contradições e demonstrando intuito vingativo, além de as testemunhas terem, apenas, repetido suas declarações, dando a crer ser uma coisa direcionada, é de se absolver o apelante, por ausência de provas, a teor do art. 386, VII, do CPP. 2. Havendo insuficiência de provas nos autos, bem como, contradições em alguns elementos probantes, em que resultam dúvidas sobre (BRASIL, 2015, s.p.)

Sendo assim, evidencia-se que a exclusividade da prova testemunhal como norte na prolação da sentença não é uma solução viável, tendo em vista

os riscos da incidência de violações constitucionais e o cometimento de erro judiciário (MARTINS, 2014, s.p.)

CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, evidenciou-se que, embora hoje a legislação pátria adote os princípios da dignidade da pessoa humana e o da proteção integral, a criança e o adolescente nem sempre tiveram seus direitos tutelados e nem mesmo foram reconhecidos como pessoas dotadas de autodeterminação.

Além disso, a cronologia da história apresentada anteriormente demonstra que a mulher foi colocada como vítima potencial dos delitos sexuais em virtude de sua posição social. Fato é que a própria legislação, acompanhando os fatos de desenvolvimento da sociedade, evoluiu no sentido de garantir a isonomia dela frente ao homem.

Nesse contexto, evidencia-se que desde os primórdios os crimes sexuais (em especial o delito de estupro) são repelidos pela coletividade. O que se verifica é que, partindo de penas cruéis e desumanas, a legislação penal evoluiu no sentido de se garantir especial proteção à pessoa do condenado.

Ademais, anteriormente à Lei 12.015/2009, inolvidável que a legislação visava proteger os costumes da sociedade. Embora a ideia fosse bem intencionada, esse entendimento acabou por restringir a liberdade sexual da vítima de crimes sexuais.

Por isso, o referido diploma legal estabeleceu que o bem jurídico tutelado a partir de então seria a dignidade sexual da vítima. Isso porque, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro teve que se adequar aos preceitos constitucionais.

Seguindo nesse sentido, surge o delito de estupro de vulnerável. Pautando-se na tutela do menor de quatorze anos e da pessoa que não possui discernimento para prática do ato ou que não possa oferecer resistência, o ilícito em comento originou-se a partir de princípios elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Muito embora o estupro de vulnerável tenha garantido proteção a essa parcela social, evidencia-se que há do outro lado uma insegurança sendo gerada em face dos suspeitos e investigados.

Isso porque, em que pese o Brasil adotar o sistema da livre convicção motivada do magistrado, o estupro de vulnerável é fato que raramente deixa vestígios e, por tal razão, muitas vezes o procedimento investigativo carece de provas científicas.

Como consequência dessa problemática, demonstra-se o fato de que o sistema criminal muitas vezes se socorre exclusivamente à prova testemunhal para a solução do feito. Sendo assim, torna-se nítido que isso se faz prejudicial à pessoa do suspeito.

Considerando alguns exemplos que foram apresentados no decorrer deste trabalho, é de se destacar que, nos crimes de estupro de vulnerável, a vítima é pessoa menor de quatorze anos que, pela sua formação psicológica, é facilmente manipulada por fatores externos à sua mente.

Daí dizer, conforme se verificou, quando o magistrado se pauta exclusivamente na palavra da vítima, além da violação aos princípios constitucionalmente protegidos, gera-se uma tendência ao cometimento de erros judiciários.

Portanto, além do cuidado com a primazia da palavra da vítima, é necessário ter cautela ao se analisar cada caso concreto. Segundo as preleções abordadas, evidencia-se que cada situação deve ser analisada de forma global, evitando-se a punição pelo simples fato da vítima ser menor de quatorze anos.

Considerando os entendimentos jurisprudenciais, verifica-se que, embora o tema tenha sido sumulado pelo STJ, a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima ainda é alvo de debates. Tal fato se dá porque os tribunais superiores vêm adotando um posicionamento que leva em consideração fatores que vão além da simples idade da vítima.

Por fim, é importante ser ressaltado que, ao se generalizar o argumento de que o menor de quatorze anos é absolutamente vulnerável, o sistema de justiça criminal deixa de ponderar princípios constitucionais que garantem o devido processo legal. Além disso, esquece-se de que os direitos do suspeito devem ser equalizados em consonância com os do menor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andressa. Homem linchado não violentou crianças no Paraná, aponta exame. *In:* **G1,** portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2016/02/homem-que-morreu-linchado-nao-violentou-criancas-aponta-exame.html >. Acesso em 12 nov. 2021.

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. *In:* **Paidéia,** v. 17, n. 36, p. 45-56, 2007. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/paideia/a/6TcsYLzSMYnrPDTGJdWNFzr/?format=pdf&lang=pt >. Acesso em 12 nov. 2021.

AMIM, Andréa Rodrigues, Doutrina da Proteção Integral. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARIÈS, Philippe. **História social da Criança e da Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho: as falsas memórias no Processo Penal. *In:* **Justificando**. Disponível em: < http://www.justificando.com/2015/09/10/psicologia-do-testemunho-as-falsas-memorias-no-processo-penal/ >. Acesso em 12 nov. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, Editora Malheiros 22º edição, página 227, 2010.

BERNARTT, Roseane Mendes. A Infância A Partir De Um Olhar Sócio-Histórico. *In:* IX Congresso Nacional de Educação, **ANAIS...,** Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 26-29 out. 2009. Disponível em: < https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2009/2601_1685.pdf > Acesso em: 28 ago. 2021.

BEZERRA, Leonardo. Análise do artigo 217-A do Código Penal: Aspectos polêmicos em relação aos vulneráveis. *In:* **Jusbrasil**. Disponível em: < https://leogsb96.jusbrasil.com.br/artigos/648777646/analise-do-artigo-217-a-do-

codigo-penal-aspectos-polemicos-em-relacao-aos-vulneraveis >. Acesso em 10 nov. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 6ª ed., Saraiva, 2012, vol. 4, São Paulo, p. 97-102.

BIZATTO, José Idelfonso; BIZATTO, Rosana Maria. **Adolescente Infrator: Uma proposta de reintegração social baseada em políticas públicas**. 1ª ed. São Paulo: Baraúna, 2014, p.27.

BRASIL. **Decreto Nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistencia e protecção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm > Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.Código Penal**. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > Acesso em: 09 nov. 2021.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm > Acesso em: 15 ago. 2021.

_____. **Lei Nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm > Acesso em: 17 ago. 2021.

_____. **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: 18 ago. 2021.

_____. Quinta Câmara do Superior Tribunal de Justiça - Acordão registrado sob o nº 1.211.243 – CE (2017/0311378-6). Relator: Jorge Mussi. Julgado em 24/04/2018

_____. STF - HC: 73662 MG, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 21/05/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENTA VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028

_____. STJ - HC: 410186 TO 2017/0187114-4, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 24/05/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2018

_____. STJ - REsp: 1483934 TO 2014/0252428-6, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 21/06/2017)

_____. STJ – Súmula 593. Data da Publicação: 06-11-2017. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf >. Acesso em 19 nov. 2021.

_____. TJ-PB - APL: 00023384420128152002 0002338-44.2012.815.2002, Relator: DES CARLOS MARTINS BELTRAO FILHO, Data de Julgamento: 05/11/2015, CRIMINAL

_____. TJ-RS - ACR: 70044569705 RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 20/10/2011, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/10/2011

_____. TJ-SP - APR: 00028474720178260238 SP 0002847-47.2017.8.26.0238, Relator: Camilo Léllis, Data de Julgamento: 10/12/2020, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/12/2020

_____. TJ-SP - APR: 00103997320188260482 SP 0010399-73.2018.8.26.0482, Relator: Xisto Albarelli Rangel Neto, Data de Julgamento: 07/01/2021, 13ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 07/01/2021

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - APR: 10232030027972001 Dores do Indaiá, Relator: Antônio Armando dos Anjos, Data de Julgamento: 08/11/2011, Câmaras Criminais Isoladas / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/03/2012)

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº. 700818 98918. Sexta Câmara Criminal. Relatora: Vanderlei Teresinha TremeiaKubiak, 2019. Disponível em:< https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba= jurisprudência >. Acesso em 19 nov. 2021.

BREIER, Ricardo; TRINDADE, Jorge. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

BRITO, Ana Maria Moraes de. O risco judicial da força do depoimento da vítima no âmbito do crime de estupro de vulnerável. Planeta Amazônia: *In*: **Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Macapá, n. 11, p. 117-128, 2019.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. *In*: **Ciências Penais**, v. 13, p. 170, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, t. 1, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. V.3.

_____, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Daniel Carnio. Estatuto da Criança e do Adolescente - Teoria da Situação Irregular eTeoria da Proteção Integral - Avanços e Realidade Social. *In:* **Ministério Público de São Paulo**, 2000, p. 3. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_08_53.pdf > Acesso em: 17 ago. 2021.

CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 9ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

DANTAS, Gabriela Cabral da Silva. Memória. *In*: **Brasil Escola**, portal eletrônico de informações, s.d. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/psicologia/memoria-1.htm. Acesso em 11 de novembro de 2021.

DIESEL, Heiny Harold. **Falsas Memórias e Análise do Comportamento: Análise de uma pesquisa**. Disponível em: < http://www.uel.br/pos/pgac/wp-content/uploads/2019/01/Falsas-mem%C3%B3rias-e-an%C3%A1lise-do-comportamento-an%C3%A1lise-de-uma-pesquisa.pdf >. Acesso em 12 nov. 2021.

ECYCLE, Equipe. Memória: o que é e como melhorar a sua. *In:* **Ecycle**. Disponível em: < https://www.ecycle.com.br/memoria/ >. Acesso em 11 nov. 2021.

ELER, Guilherme. Como nascem as memórias falsas. *In:***Super Interessante**. Disponível em: < https://super.abril.com.br/ciencia/como-nascem-as-memorias-falsas/ >. Acesso em 11 nov. 2021.

ESPÍNDULA, Daniel Henrique Pereira; SANTOS, Maria de Fátima de Souza. **Representações sobre a adolescência a partir da ótica dos educadores sociais de adolescentes em conflito com a lei**. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 9, n. 3, p.357-367, 2004.

ESTACHESKI, Dulceli de Lourdes Tonet. **Os crimes sexuais na cidade de Castro** – PR (1890-1920). 2013. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. P. 60.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**. Editora: Saraiva, São Paulo, 2009. (pág. 19).

_____, André. **Crimes sexuais: comentários à Lei n. 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64

FACHINI, Tiago. Isonomia: o que é, importância e quais são seus limites. *In:* **Projuris**. Disponível em: < https://www.projuris.com.br/principio-da-isonomia/ >. Acesso em 01 nov. 2021.

FENOLL, Jordi Nieva. **Fundamentos de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Edisofer/Buenos Aires: EditorialBdeF, 2012, p. 243.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FONSECA, Júlia Brito. Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *In:***Jusbrasil**, 2014. Disponível em: < https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146196/codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente > Acesso em: 17 ago. 2021.

GALVÃO, David da Silva. O valor da palavra da vítima como única prova para condenação do acusado nos crimes contra dignidade sexual. *In:* **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: < https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55244/o-valor-da-palavra-da-vtima-como-nica-prova-para-condenao-do-acusado-nos-crimes-contra-dignidade-sexual >. Acesso em 18 nov. 2021.

GARBIN, Aphonso Vinicius. Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos da condenação. *In:* **Canal Ciências Criminais**. Disponível em: < https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao/ >. Acesso em 18 nov. 2021.

GARCIA, Daniel Melo. Desenvolvimento histórico da responsabilização criminal do menor infrator. *In:* **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-94/desenvolvimento-historico-da-responsabilizacao-criminal-do-menor-infrator/#_ftn11 > Acesso em: 15 ago. 2021.

GOMES, Luiz Flavio. Fontes do Direito Penal: necessária revisão desse assunto. In: **Jus Navegandi**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10375/fontes-do-direito-penal >. Acesso em 01 nov. 2021.

GRAÇA, Camilla Barroso. Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos. *In:* **JurisWay**. Disponível em: < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902 >. Acesso em 19 nov. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal volume III**. Editora: Impetus, Rio de Janeiro, 2010. (pág.273).

_____, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, V.III. Adendo – Lei 12.015/2009**. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009, p. 12. Disponível em: < http://www.editoraimpetus.com.br/ >. Acesso em: 10 nov. 2021

_____, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, V.III. Adendo – Lei 12.015/2009**. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009, p. 66. Disponível em: < http://www.editoraimpetus.com.br/ >. Acesso em: 10 nov. 2021

_____, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, V.III. Adendo – Lei 12.015/2009**. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009, p. 74-75. Disponível em: Acesso em: 10 nov. 2010.

GUERRA, Ana Carolina. Falsas memórias: como surgem e o que acarretam. *In:* **Jornalismo Junior**. Disponível em: < http://jornalismojunior.com.br/falsas-memorias-como-surgem-e-o-que-acarretam/ >. Acesso em 12 nov. 2021.

GUIMARÃES, Stenio Henrique Sousa. Depoimento sem Dano e a Síndrome das Falsas Memórias. *In:* **Jusbrasil**. Disponível em: < https://steniohenrique.jusbrasil.com.br/artigos/181171640/depoimento-sem-dano-e-a-sindrome-das-falsas-memorias >. Acesso em 12 nov. 2021.

HEYWOOD, Colin**. Uma História da Infância: Da Idade Média à época contemporânea no Ocidente**. Porto Alegre: Artmed, 2004.

HOLANDA, Izabele Pessoa. A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral. *In:* **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-106/a-doutrina-da-situacao-irregular-do-menor-e-a-doutrina-da-protecao-integral/ > Acesso em: 17 ago. 2021.

HOUAISS, ANTONIO. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetivo Ltda, 2001, verbete vulnerável.

JUNIOR, José Custódio Da. Evolução Dos Direitos Das Crianças E Dos Adolescentes. *In:* **Núcleo do Conhecimento**, 2017. Disponível em: < https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/evolucao-dos-direitos > Acesso em: 28 ago. 2021.

JÚNIOR, José Wilson de. **Estupro de vulnerável: uma análise acerca da relativização da vulnerabilidade**. UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG. Sousa – PB, 2016, p. 07.

JUNIOR, Rolf Koerner; PEREIRA, Gláucio Antônio Pereira; DE MELLO, Dirceu. **Doutrina: Código Criminal de 1830**. Disponível em: <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5217.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.
KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KÜHL, Franciele Letícia; OLIVEIRA, Vanderli Peixoto de. **Divergências entre o entendimento da presunção relativa ou absoluta do crime de estupro de vulnerável**. Revista Científica do UniRios 2020.2.

LEITE, Victor. Abolitio criminis x Princípio da continuidade normativo-típica. *In:* **Jusbrasil**. Disponível em: < https://castro96.jusbrasil.com.br/artigos/689197320/abolitio-criminis-x-principio-da-continuidade-normativo-tipica >. Acesso em 09 nov. 2021.

LIMA, Anderson Petilde. Sexualidade, direito e dignidade da pessoa humana: o reconhecimento da liberdade sexual como integrante do mínimo existencial. *In:* **Âmbito Jurídico**. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-162/sexualidade-direito-e-dignidade-da-pessoa-humana-o-reconhecimento-da-liberdade-sexual-como-integrante-do-minimo-existencial/ >. Acesso em 09 out. 2021.

LIMA, Miguel M. Alves. **O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese apresentada como requisito à obtenção do grau de Doutor, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 649.

LOPES, Marcel Shimada. A história da idade penal no Brasil. *In:* **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: < https://marcelshimada.jusbrasil.com.br/artigos/314224092/a-historia-da-idade-penal-no-brasil > Acesso em: 15 ago. 2021.

_____, Marcel Shimada. A história da idade penal no Brasil. *In:***Jusbrasil**, 2014. Disponível em: < https://marcelshimada.jusbrasil.com.br/artigos/314224092/a-historia-da-idade-penal-no-brasil > Acesso em: 18 ago. 2021.

LOPES, Rosimeire das Dores; RIBEIRO, Larissa Mariá Rodrigues. Estupro de vulnerável: Uma análise acerca da Vulnerabilidade das Vítimas Menores de 14 anos. *In:* **Jus Navegandi**. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/90545/estupro-de-vulneravel-uma-analise-acerca-da-vulnerabilidade-das-vitimas-menores-de-14-anos >. Acesso em 10 nov. 2021.

LOUREIRO, Antonio José Cacheado. Concepções de Infância ao Longo da História e a Evolução Jurídica do Direito da Criança. *In:* **Conteúdo Jurídico**, 2019. Disponível em: < https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52758/concepcoes-de-infancia-ao-longo-da-historia-e-a-evolucao-juridica-do-direito-da-crianca > Acesso em: 17 ago. 2021.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**, 6ª edição. Atlas, São Paulo. 2014.

MACHADO, Leonardo Marcondes. É preciso muita cautela com a palavra da vítima na justiça criminal. *In:* **Consultor Jurídico**. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/academia-policia-preciso-cautela-palavra-vitima-justica-criminal#_edn12 >. Acesso em 18 nov. 2021.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

MAGALHÃES, Eduardo Noronha. **Direito Penal**. 27° edição. São Paulo: Saraiva 2007, v.3, p. 224.

MALVEIRA, JamilleSaraty. Direito à Sexualidade: uma perspectiva juscivilística. *In* :**Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE**, 22., 2014, São Paulo. ANAIS… São Paulo: FUNJAB, 2014. p. 111-138.

MARTINS, João. Presunção de vulnerabilidade na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Mudança trazida pela Lei 12.105/09. *In:* **Jusbrasil**. Disponívelem: < https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/144659219/presuncao-de-vulnerabilidade-na-pratica-de-conjuncao-carnal-ou-outro-ato-libidinoso >. Acesso em 19 nov. 2021.

MASI, Carlo Velho. Falsas memórias no processo penal (Parte 1). *In:* **Jusbrasil**. Disponível em: < https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/212521910/falsas-memorias-no-processo-penal-parte-1 >. Acesso em 11 nov. 2021.

MATOS, Marco. 'Quero fazer a minha vida', diz gaúcho inocentado por DNA após passar 10 anos na cadeia por estupro. *In:* **G1**, portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: < https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2018/12/21/quero-fazer-a-minha-vida-diz-gaucho-inocentado-por-dna-apos-passar-anos-na-cadeia-por-estupro.ghtml >. Acesso em 12 nov. 2021.

MELO, Malena Guerra Fortunato de. Da legislação protetiva da criança e do adolescente: Apresenta-se um breve histórico sobre a evolução do direito da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro. *In:* **Direito Net**, 2019. Disponível em: < https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10757/Da-legislacao-protetiva-da-crianca-e-do-adolescente > Acesso em: 16 ago. 2021.

MIRABETE, JulioFabrini. **Manual de Direito Penal**. 12° edição. São Paulo: Atlas, 2006, volume 2, p. 478.

MONTEIRO NETO, João Agostinho. **A CLANDESTINIDADE NOS DELITOS SEXUAIS: uma retórica para a mitigação das garantias do acusado**. UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO. Disponível em: < https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream/prefix/6485/1/Jo%c3%a3oAMN_ART.pdf >. Acesso em 18 nov. 2021.

NASCIMENTO, Gerlany Silva do. **Processo de revitimização nos crimes sexuais contra a mulher**. Universidade federal de pernambuco – ufpe. Recife, 2019. Disponível em: < https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/36261/1/MONOGRAFIA%20-

%20GERLANY%20-
%20%20PROCESSO%20DE%20REVITIMIZA%C3%87%C3%83O%20NOS%20CRIMES%20SEXUAIS%20CONTRA%20A%20MULHER.pdf > Acesso em: 09 out. 2021.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: 1º Volume – Introdução**. Parte Geral. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p.164.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 35.

_____, Guilherme de Souza. **Crimes Contra Dignidade Sexual**. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010. (pág.24).

_____, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**, 4ª edição. Forense, Rio de janeiro/2015.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. O conceito de vulnerabilidade no direito penal. *In:* **Jusbrasil**. Disponível em: < https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2146510/o-conceito-de-vulnerabilidade-no-direito-penal-eudes-quintino-de-oliveira-junior >. Acesso em 19 nov. 2021.

OLIVEIRA, Keila Araújo de. Falsas memórias no processo penal e a entrevista cognitiva. *In:* **Jus Navegandi**. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/74636/falsas-memorias-no-processo-penal-e-a-entrevista-cognitiva >. Acesso em 11 nov. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Sexuais**: Durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong (China), entre 23 e 27 de agosto 2000 a Assembléia Geral da WAS – World Association for Sexology, aprovou as emendas para a Declaração de Direitos Sexuais, decidida em Valência, no XIII Congresso Mundial de Sexologia. Disponível em: <https://lblnacional.wordpress.com/tag/xv-congresso-de-hong-kong/>. Acesso em 09 out. 2021.

PAES, JANIERE PORTELA LEITE. O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos. *In:* **Conteúdo Jurídico**, 2013. Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35183/o-codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-avancos-e-retrocessos > Acesso em: 16 ago. 2021.

PAULA, Renato Pupo de. **Transexualidade e os crimes contra os costumes**. *In:*Puc São Paulo. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032704.pdf >. Acesso em 01 nov. 2021.

PEREIRA, Aline Ribeiro. O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico. *In:* **Aurum**. Disponível em: < https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/ >. Acesso em 01 nov. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. V.3.

_____, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 4ed. rev., atual., e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.3, p.246.

REIS, kercilene Silva Queoperro dos. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: análise crítica do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro. *In:* **FIC/CARATINGA**. Disponível em: < https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/1281/1/MONOGRAFIA_KERCILENE_SILVA_QUEOPERRO_DOS_REIS.pdf >. Acesso em 10 nov. 2021.

RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. A evolução da tutela jurídica dos delitos previstos no Título VI do Código Penal brasileiro. *In:* **Jus Navegandi**. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/20647/a-evolucao-da-tutela-juridica-dos-delitos-previstos-no-titulo-vi-do-codigo-penal-brasileiro > Acesso em: 09 out. 2021.

RIZZINI, Irene. A Criança e a Lei no Brasil - Revisitando a História (1822-2000). Brasília, DF: UNICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000, p. 10.

RODRIGUES, Samuel Cassemiro. O Crime De Estupro Após o Advento da Lei 12.015/2009. *In:* **Jusbrasil**. Disponível em: < https://samuelcrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/424887336/o-crime-de-estupro-apos-o-advento-da-lei-12015-2009 >. Acesso em 09 nov. 2021.

RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. *In:* **Jusbrasil**. Disponível em: < https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/121943642/teoria-geral-da-prova-do-conceito-de-prova-aos-modelos-de-constatacao-da-verdade >. Acesso em 18 nov. 2021.

SAIBRO, Henrique. Qual é a importância da avaliação psíquica da vítima nos crimes sexuais? *In:* **Canal Ciências Criminais**. Disponível em: < https://canalcienciascriminais.com.br/qual-e-a-importancia-da-avaliacao-psiquica-da-vitima-nos-crimes-sexuais/ >. Acesso em 12 nov. 2021.

SAMPAIO, Caio Felipe Machado. Da liberdade sexual e dignidade sexual. *In:* **Jusbrasil**. Disponível em: < https://shogumbr.jusbrasil.com.br/artigos/294098047/da-liberdade-sexual-e-dignidade-sexual >. Acesso em 01 nov. 2021.

SANTANA, Aline Guimarães Matos de. Da defesa dos costumes à proteção da dignidade sexual. *In:* **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <

https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-defesa-dos-costumes-a-protecao-da-dignidade-sexual/ >. Acesso em 01 nov. 2021.

SANTOS, Italo Barros. O crime de estupro e a sua evolução no sistema jurídico-penal. *In:* **Âmbito Jurídico**. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-estupro-e-a-sua-evolucao-no-sistema-juridico-penal/ >. Acesso em 09 out. 2021.

SARAIVA, João Batista Costa apud AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança, o adolescente: aspectos históricos. *In:* **PUC-RS**. Disponível em: < http://webapp.pucrs.br/pagdisc/81393/Aspectoshistoricoscriancaeadolescentecomreferencias.doc> Acesso em: 17 ago. 2021.

SILVA, Luiz Henrique da. A maioridade penal no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de sua redução. *In:* **Monografias Brasil Escola**. Disponível em: < https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-maioridade-penal-no-ordenamento-juridico-brasileiropossibilidade.htm#indice_5 > Acesso em: 15 ago. 2021.

SMANIO, Gianpaolopoggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal**. Editora Atlas, página 99, 2010.

SOARES, Janine Borges. A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: uma análise histórica. *In:* **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id186.htm> Acesso em: 16 ago. 2021.

_____, Janine Borges. **Direito Penal: 1º Volume – Introdução. Parte Geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____, Janine Borges. Infância e Juventude. **A construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: Uma Breve Reflexão Histórica**. Revista Ministério Público, edição nº 51, p. 260.

STEIN, Lilian M. e NYGAARD, Maria Lúcia C. **A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, nº 43, ano 11.

_____, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídica**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

Sternberg, Robert J. (2000). **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2020.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de Família e do Menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p.13.

TRINTADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 7. Ed. Ver. Atual. E ampla. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 216.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999, p. 28-29.

_____, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado. **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2001.

VEYNE, Paul. O Império Romano. In: Philippe Ariés e Georges Duby. **História da Vida Privada**. São Paulo: Cia das Letras, 1994.vol.1.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento. *In*: **Âmbito Jurídico**, São Paulo, n. 101, 2012. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-101/compreendendo-a-crianca-como-sujeito-de-direito-a-evolucao-historica-de-um-pensamento/ > Acesso em: 15 ago. 2021.

FICHA CATALOGRÁFICA
Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves

55/2021

F383e Ferreira, Lucas Borges de Abreu.
O estupro de vulnerável em análise: um exame sobre a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima e a incidência das síndromes das falsas memórias implantadas. / Lucas Borges de Abreu Ferreira. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2021.
88f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2021.
Orientador: Braulio Brasil Almeida.
Bibliografia: f.77-88.

1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL 2. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA 3. SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS. Faculdade Metropolitana São Carlos ll. Título.

CDD 345.81

ATA DE AVALIAÇÃO DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

MONOGRAFIA

Ata de Defesa de Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Direito.

Aos **sete (07) dias do mês de dezembro de dois mil e vinte e um, às 19h,** reuniu-se a banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Direito intitulado: "**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM ANÁLISE: UM EXAME SOBRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA E A INCIDÊNCIA DA SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS IMPLANTADAS**" pelo discente **LUCAS BORGES DE ABREU FERREIRA.** Compuseram a banca examinadora os professores: Me. Bráulio Brasil de Almeida (Orientador), Esp. Sandro de Oliveira Zanon e Dr. Tauã Lima Verdan Rangel, que se reuniram, reservadamente, e decidiram, pela **APROVAÇÃO**, com o conceito **9,5 (NOVE E MEIO)** ao trabalho. Para constar, redigi a presente Ata, que aprovada por todos os presentes, vai assinada por mim, Coordenador Institucional de Trabalho de Curso, Dr. Tauã Lima Verdan Rangel, e pelos demais membros da banca.

Bom Jesus do Itabapoana-RJ, 07 de dezembro de 2021.

Me. Bráulio Brasil de Almeida
(Orientador)

Dr. Tauã Lima Verdan Rangel
Coordenador Inst. de Trabalho de Curso

1º Examinador: Dr. Tauã Lima Verdan Rangel
Revisor de Metodologia

2º Examinador: Esp. Sandro de Oliveira Zanon
Revisor de Conteúdo

Examinando: Lucas Borges de Abreu Ferreira
Discente do Curso de Direito