



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS

(Análise dos ordenamentos jurídicos Português e Brasileiro)

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autor: José Rosa Neto

Orientadora: Professora Mestre Ana Paula Pinto Lourenço

Número do candidato: 20160834

Fevereiro de 2020.

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho primeiramente à Deus, por ter iluminado meu caminho nesta jornada.

À minha amada esposa Samanta Rosa e à minha filha Maria Rosa, por todo amor, incentivo, apoio e compreensão que em mim depositaram.

Aos meus pais, *in memoriam*.

Sem o apoio de vocês, esse trabalho não teria sido realizado. A vocês, meu muito, muito obrigado!

AGRADECIMENTOS

A realização de um trabalho dissertativo calcado na construção de um conhecimento científico é tarefa árdua e que impõe enorme solidão. Vários são os momentos de desânimo, frustração, cansaço, medo, insegurança. Um turbilhão de sentimentos invade a nossa alma e nosso coração. O tempo a nos atropelar, a necessidade constante de objetividade; maturidade intelectual e de disciplina nos mostra o quanto o caminho é longo e solitário. Todavia, não se constrói um trabalho dessa dimensão sozinho. Várias são as pessoas que, de perto ou de longe, me auxiliaram e contribuíram para a realização desse sonho.

Nesse sentido, agradeço de forma muito especial minha orientadora, Professora Mestre Ana Paula Pinto Lourenço. Obrigado pelo profundo respeito com que sempre me tratou, por seu entusiasmo com o trabalho e pela confiança em mim depositada. Sua orientação precisa, cuidadosa e minuciosa foram fundamentais no direcionamento do estudo.

Agradeço também ao co-orientador dessa dissertação, Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário por quem tenho enorme estima e admiração, bem como a todos os professores do Curso de Mestrado com quem tive o prazer de aprender e trocar experiências enriquecedoras, especialmente os professores doutores Geraldo Prado e Diogo Leite Campos.

Aos funcionários do Departamento de Direito e à Universidade Autónoma de Lisboa, agradeço o respeito, a acolhida carinhosa e prestativa comigo, um “Brasuca” em terras lusitanas, em especial Roberta Campos.

Aos meus colegas de Mestrado com quem construí uma amizade e compartilhei conhecimentos, alegrias e expectativas, em especial os colegas Andrea Brião e Josué Tobias, esses que, mais de perto acompanharam minha trajetória na realização desse trabalho.

Aos meus pais pela torcida e por tudo o que eles fizeram por mim, me educando, me amando e me dando oportunidades de crescimento profissional e evolução pessoal.

Aos meus familiares que, nem sempre compreenderam a dimensão desse trabalho, mas que torceram por mim, especialmente meu irmão Edson Gil Rosa.

Um agradecimento especial à minha esposa, Samanta Cristina Rosa, que sempre esteve do meu lado nessa trajetória, torcendo e me estendendo a mão nos momentos mais difíceis, não permitindo que o desânimo e o cansaço paralisassem a minha caminhada.

Agradeço também a minha filha, Maria Rosa Souza, que soube perdoar as minhas ausências e é a razão de todo o meu esforço e dedicação na construção de um mundo melhor, onde o conhecimento seja acessível a todos.

RESUMO

A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, tem sido uma preocupação permanente do mundo civilizado, até mesmo porque, a própria Organização das Nações Unidas (ONU), através da Declaração dos Direitos da Criança (DDC) adotada em 1959 por sua Assembleia Geral, já indicou que a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual e, sobretudo, em razão de sua condição especial, biológica e psíquica, de início já se apresenta em visível posição de vulnerabilidade, necessitando de proteção e cuidados especiais.

As diversas nações do mundo têm sido sensíveis a tal realidade, promovendo a edição de normas específicas voltadas para tutelar os interesses dos infantes, prestigiando uma doutrina de proteção integral e de prioridade absoluta da criança, como ocorre com as garantias constitucionais asseguradas no texto das Constituições e nas leis ordinárias de Portugal e do Brasil.

Nesse diapasão, o presente trabalho tem como proposta apresentar o sistema normativo dos dois países (Portugal e Brasil), nas suas diferenças e aproximações, analisando os tipos penais “Abuso Sexual de Crianças”, disciplinado no art. 171º, n.ºs 1 e 2 do Código Penal Português e o “Estupro de Vulnerável”, crime tipificado no *caput* do art. 217-A do Diploma Penal Brasileiro, visando detectar e apresentar as diferenças e semelhanças encontradas na análise desses dois delitos tutelados pelo ordenamento jurídico português e brasileiro.

Buscou-se elaborar uma construção narrativa que estabeleceu os delineamentos básicos dos dois delitos em exame, demonstrando todos os elementos constitutivos dos tipos penais investigados, sua evolução histórica e bem jurídico protegido, dando destaque também para o entendimento jurisprudencial de cada país em relação aos crimes destacados.

Nesse viés, no caso do presente trabalho, pode-se afirmar que, desde os primórdios, Brasil e Portugal estão intimamente ligados e, apesar das diferenças culturais e legislativas hoje existentes, a análise em tela objetiva estabelecer os pontos de similitudes e dissimilitudes entre os elementos constitutivos dos tipos penais em comento.

Em razão do caráter científico investigativo do presente trabalho, adotou-se como metodologia de investigação jurídico-social, a técnica da pesquisa bibliográfica, fazendo uso da doutrina e da legislação como base de estudo para fundamentar as ideias aqui propostas, bem como das análises jurisprudenciais dos tribunais locais.

Palavras-chave: **violência sexual; abuso sexual de crianças; estupro de vulnerável; Portugal; Brasil.**

ABSTRACT

Comprehensive child protection, especially regarding sexual assaults, has been a permanent concern in the civilized world. Even because, the United Nations (UN) itself, through the Declaration of the Rights of the Child (DDC), adopted in 1959, in its General Assembly, has already indicated that the child, due to its lack of physical and intellectual maturity and, above all, due to his special condition, biological and psychic, initially would have been in a visible position of vulnerability, needing special protection and care.

The different nations of the world have been sensitive to this reality, promoting the edition of specific rules, aimed at protecting the interests of infants. Providing a doctrine of integral protection and absolute priority for the child. Likewise, with constitutional guarantees, which are ensured in the text of the Constitutions and the ordinary laws of Portugal and Brazil.

With this in mind, the present work proposes to present a comparative study, analyzing the criminal types: “Sexual Abuse of Children”, disciplined in Art. 171º, nº 1 and 2 of the Portuguese Penal Code and the “Rape of Vulnerable”, typified crime in the caput of Art. 217-A of the Brazilian Penal Code, aiming to detect and present the differences and similarities found in the analysis of these two crimes, protected by the Portuguese and Brazilian legal systems.

We sought to elaborate a narrative construction, which established the basic outlines of the two crimes under examination, demonstrating all the constitutive elements of the investigated criminal types, as well as their historical evolution and protected legal property. Also highlighting the jurisprudential understanding of each country concerning the crimes highlighted.

Regarding, in the case of the actual work, it can be said that, since the beginning, Brazil and Portugal have been closely linked. Although there are cultural and legislative differences nowadays, we have that the analysis on screen aims to establish the points of similarities and dissimilarities between the constitutive elements of the criminal types in question.

Due to the investigative scientific nature of the present work, the methodology of bibliographic research was adopted as the methodology of legal-social investigation, making use of doctrine and legislation as a study basis to support the ideas proposed here, as well as the analyzes jurisprudence of local courts.

Keywords: sexual **violence**; sexual abuse of children; rape of vulnerable; Portugal; Brazil.

SUMÁRIO

LISTA DE FIGURAS	7
LISTA DE QUADROS	8
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	9
INTRODUÇÃO.....	10
 CAPÍTULO 1.....	 15
1. VIOLÊNCIA/ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS	15
1.1. Violência Sexual Infantil	17
1.2. Da Infância, da Criança e da Sexualidade Infantil	20
1.2.1. Da Infância.....	20
1.2.2. Da Criança	22
1.2.3. Da Sexualidade Infantil.....	27
1.3. Instrumentos Jurídicos Nacionais e Internacionais de Proteção à Infância Contra a Violência/Abuso Sexual de Crianças	28
1.3.1. Instrumentos Jurídicos Internacionais.....	29
1.3.2. Instrumentos Jurídicos Nacionais de Portugal e do Brasil.....	32
1.4. Respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Corolário do Direito ao Desenvolvimento da Sexualidade Infantil de Forma Saudável	34
1.5. Do Bem Jurídico Tutelado nos Crimes Sexuais Com Crianças	39
 CAPÍTULO 2.....	 43
2. DO CRIME DE ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS EM PORTUGAL.....	43
2.1. Do Conceito de Abuso Sexual de Crianças em Portugal	45
2.2. Tipologias do Comportamento Criminal no Art. 171º	48
2.3. Evolução Histórica do Artigo 171º do Código Penal Português	55
2.4 Da Natureza do Crime	57
2.4.1. Da Classificação do Tipo Penal	58
2.5. Do Bem Jurídico Protegido: Autodeterminação Sexual da Criança.....	60
2.6. Do Tipo Objetivo do Ilícito	63
2.6.1 Elemento Subjetivo do Tipo	64
2.6.2. O Agente e a Vítima	64
2.6.3. Do Erro de Tipo	65
2.6.4. Das Modalidades de Ação do Tipo Penal em Análise (art. 171º, nº 1 e 2).....	66
2.6.5. Do Conteúdo do Ato Sexual de Relevância	68
2.7. Da Pena.....	72
2.7.1. Da Agravção da Pena	72
 CAPÍTULO 3.....	 74
3. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO BRASIL	74
3.1. Evolução Histórica do Artigo 217-A do Código Penal Brasileiro	76
3.2. Da Vulnerabilidade do Menor de 14 Anos.....	80
3.3. Da Relativização da Vulnerabilidade	81
3.4. Do Consentimento da Vítima com a Relação Sexual.....	85
3.5. Da Natureza da Ação Penal no Crime de Estupro de Vulnerável (art. 217-A, Código Penal Brasileiro)	87

3.5.1. Do Segredo de Justiça	89
3.6. Do Bem Jurídico Tutelado: Dignidade Sexual do Vulnerável	90
3.7. Do Tipo Objetivo do Ilícito	92
3.7.1. Elemento subjetivo do tipo	94
3.7.2. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo	94
3.7.3. Da Classificação do Tipo Penal	95
3.7.4. Do Erro de Tipo	97
3.8. Da Pena.....	98
3.8.1. Das Causas de Aumento de Pena.....	99
CAPÍTULO 4.....	101
4. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS TIPOS PENAIIS DO ART. 171º DO CÓDIGO PENAL DE PORTUGAL E DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	101
4.1. Alguns Apontamentos sobre o Direito Comparado.....	101
4.2. Análise Comparativa dos Delitos Seleccionados no Ordenamento Jurídico de Portugal e do Brasil.....	103
4.2.1. Da Terminologia e do Conteúdo dos Crimes em Análise: Abuso Sexual de Crianças e Estupro de Vulnerável.....	104
4.2.2. Evolução Histórica dos Crimes Sexuais em Exame no Código Penal Português e no Código Penal Brasileiro	109
4.2.3. Dos Elementos do Tipo Objetivo dos Ilícitos em Comento	112
4.2.4. Do Consentimento da Vítima na Relação Sexual Criminosa	115
4.2.5. Da Natureza do Crime no Caso Português e da Natureza da Ação Penal no Caso Brasileiro.....	120
4.2.6. Do Bem Jurídico Tutelado	123
CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Os Tipos da Violência Sexual.....	17
---	----

LISTA DE QUADROS

Quadro Sinótico 1: Resumo da Terminologia e Conteúdo Sexuais	108
Quadro Sinótico 2: Resumo Comparativo das Transformações Históricas Relacionadas aos Delitos Sexuais.....	111
Quadro Sinótico 3: Resumo Comparativo dos Elementos do Tipo dos Ilícitos.....	115
Quadro Sinótico 4: Resumo Comparativo do Consentimento da Vítima com a Relação Sexual Criminosa	120
Quadro Sinótico 5: Resumo Comparativo da Persecução Penal nos Crimes em Análise.....	123
Quadro Sinótico 6: Resumo Comparativo do Bem Jurídico Tutelado nos Crimes em Análise	127

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

NYSPCC	New York Society for the Prevention of Cruelty to Children – (Sociedade de Prevenção à Crueldade contra Crianças de Nova York);
ASPCA	American Society for the Prevention of Cruelty to Animals – (Sociedade Americana de Prevenção à Crueldade Contra Animais);
ISPCAN	International Society for the Prevention of Child Abuse and Neglect – (Sociedade Internacional para a Prevenção Contra Abusos e Negligência de Crianças);
DDC	Declaração dos Direitos das Crianças
Art	Artigo
OMS	Organização Mundial de Saúde
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos
CID-10	Classificação Internacional de Doenças
DSM-5	Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais
SUS	Sistema Único de Saúde
RASI	Relatório Anual de Segurança Interna
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal Brasileiro
CF/1988	Constituição Federal de 1988
HC	Habeas Corpus
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
CPMI	Comissão Parlamentar Mista de Inquérito
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
ORG	Organização
Ob. cit.	Obra Citada
p.	página (s)

INTRODUÇÃO

A violência/abuso sexual de menores não é um fenómeno novo. Infelizmente, trata-se de uma prática contra os infantes que remonta à época da Antiguidade, prolongando-se até os dias atuais. Percebe-se, assim, a existência de uma tradição histórica de violência contra as crianças e até, de certa forma, alguma tolerância em relação a esse tipo de comportamento que vitima inúmeros menores em todo o mundo.

Vários pensadores, a exemplo de Azambuja, destacam que, já em seus primórdios, os homens praticavam várias formas de violência à criança, independentemente da idade desta, seja através do corte da mão, da língua, da extração dos olhos, tendo, inclusive, o pai sobre o filho, o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los como mercadorias. Logo, as crianças não eram sujeitos de direitos, mas sim objetos do uso e do abuso paterno, sobretudo em razão do vazio da expressão e da ideia de infância como uma fase peculiar do infante que exige cuidado, proteção e afeto¹.

Todo esse cenário retardou a concepção da ideia de infância e o entendimento de que, a criança deveria ser vista e tratada como “pessoa”, digna de proteção diferenciada em virtude da idade e de suas limitações físicas e emocionais, justamente porque, dadas as suas características próprias, ser pequena, dependente e indefesa, o infante é um dos indivíduos de maior vulnerabilidade, constituindo um alvo fácil e frequente da violência e de todo o tipo de negligência, maus tratos, abandono e abuso sexual.

Assim, pode-se afirmar que, a compreensão do processo e do significado da infância depende do momento histórico em que tal processo é pensado e elaborado. Sendo, portanto, o conceito ou a ideia que se tem da infância construído historicamente ao longo dos anos. Reforçando a noção de que a humanidade tem dispensado à criança tratamento legislativo que se harmoniza com o entendimento da noção de infância presente em cada contexto ao longo da história.

Tal fato pode ser corroborado com a circunstância que envolveu o surgimento da primeira organização no mundo dedicada a combater os maus-tratos na infância de que se tem

¹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de - Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? **Revista Virtual Textos & Contextos**. [Em linha]. Porto Alegre. ISSN 1677-9509. Ano 5, nº 5 (Nov. 2006), p. 01-19. [Consult. 2 Jan. 2019]. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/1022/802>.

notícia², a “*New York Society for the Prevention of Cruelty to Children*” (NYSPCC); Sociedade de Prevenção à Crueldade contra Crianças de Nova York, criada em 1894.

A história do nascimento dessa instituição registra o episódio de remoção da menina Mary Ellen, órfã de mãe e abandonada pelo pai, então com nove anos de idade, da casa dos pais adotivos em razão de ali sofrer severos maus tratos. O fato causou profunda indignação na comunidade da época que percebeu não haver uma organização destinada a receber este tipo de denúncia, razão pela qual o promotor responsável pelo caso teve de solicitar ajuda à “*American Society for the Prevention of Cruelty to Animals*” (ASPCA); para denunciar o caso à Justiça.

Como não existiam leis que dessem às autoridades o poder de retirar a guarda dos pais sobre os filhos submetidos a maus-tratos, o promotor se viu obrigado a sustentar a tese de que a menina também pertencia ao “reino animal”, portanto, teria direito de ser protegida. Assim, Mary Ellen teve de ser equiparada a um “animal” para que seu caso pudesse ser examinado por um Tribunal. Essa ação resultou na retirada da garota da casa dos pais adotivos e seu encaminhamento a um abrigo, além da criação da supracitada Sociedade de Prevenção à Crueldade contra Crianças de Nova York (NYSPCC) em 1894.

Dessa forma, a partir da experiência da Sociedade nascida em Nova York, outras instituições foram criadas, algumas inclusive, que buscavam lutar contra outras formas de violência, além da física.

Essas organizações fundaram a primeira entidade internacional dedicada a prevenir e combater maus-tratos na infância, a “*International Society for the Prevention of Child Abuse and Neglect*” (ISPCAN) - Sociedade Internacional para a Prevenção Contra Abusos e Negligência de Crianças - criada em 1977. Essa organização congrega profissionais de todas as partes do mundo e realiza um congresso mundial a cada dois anos, além de estimular a criação de entidades e serviços em várias regiões do planeta³.

Aos poucos, a sociedade civil se organizou para prevenir a ocorrência de maus tratos e abusos sexuais contra crianças, promovendo uma ampla mobilização social e com isso impulsionando a criação de um arcabouço jurídico para proteger os menores contra os vários tipos de violência sexual infantil.

² SANTOS, Benedito Rodrigues dos; IPPOLITO, Rita – A mobilização social para o enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes. In: **Guia escolar: identificação de sinais de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes**. Seropédica, RJ: EDUR, 2011, ISBN 978-85-8067-008-0. p. 25.

³ *Idem – Ibidem.*

Assim, em razão das transformações sociais, econômicas e legislativas, a criança hoje é tratada como sujeito de direitos, digna de cuidado e proteção especial em vista de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Tem-se, portanto, que o reconhecimento da ideia de infância como merecedora de proteção especial, justamente por representar um período peculiar da vida do ser humano, foi tarefa que tardou milênios históricos. Vários foram os séculos em que a criança foi “utensílio” de crueldade e violência, sendo tratada como “coisa e objeto” do poder familiar.

Nessa linha de raciocínio, a Declaração dos Direitos da Criança (DDC) adotada em 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, já indicou que a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual e, sobretudo, em razão de sua condição especial, biológica e psíquica, de início já se apresenta em visível posição de vulnerabilidade, necessitando de proteção e cuidados especiais, o que tem ocorrido com a edição de normas específicas voltadas para tutelar os interesses das crianças, o que tanto no plano interno dos Estados quanto no plano internacional nos últimos anos fora fortemente perseguido. Diversos documentos foram editados consagrando uma doutrina de proteção integral do infante demonstrando que a concretização dos direitos ali tutelados é fundamental à qualidade da infância vivenciada pelas crianças.

Tal fato demonstra que na atualidade o fenômeno social da infância alcançou relevância e dimensão internacional, forçando os tempos atuais a ofertarem melhores condições de vida às crianças e o respeito aos seus direitos, sempre reconhecendo na criança e no adolescente pessoa em processo de desenvolvimento e em processo de construção progressiva de suas competências e capacidades, estando num momento de vida particular.

Dentro dessa realidade e partindo da compreensão de que a violência sexual infantil se expressa no presente estudo na forma de abuso sexual praticado contra as crianças e do estupro praticado em face de indivíduo vulnerabilizado pela idade, entendendo-se, portanto, a violência num sentido amplo, como gênero do qual os crimes de Abuso Sexual Infantil (art. 171º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal Português) e de Estupro de Vulnerável (art. 217-A, *caput*, do Diploma Penal Brasileiro) são espécies, encontra-se o objeto da presente investigação.

Nesse diapasão, a proposta da presente Dissertação de Mestrado é apresentar um estudo que analise tipos penais específicos, um tutelado pelo Direito Português e o outro pelo Direito Brasileiro. Assim, pretende-se analisar o crime disciplinado no art. 171º, n.ºs 1 e 2 (Abuso Sexual de Crianças) do Código Penal Português em comparação ao crime tipificado no *caput* do art. 217-A (Estupro de Vulnerável), do Diploma Penal Brasileiro.

O conceito legal/formal do crime português “abuso sexual de crianças” encontrado no Código Penal tipifica condutas distintas penalmente e puníveis relativamente a atividades sexuais praticadas “contra”; “em” ou “com” menores de quatorze anos de idade, estabelecendo molduras penais diferentes, conforme o ato sexual de relevo praticado seja “simples” ou “qualificado”. Dessa forma, objetivou o legislador no art. 171º, nº 1 e 2, punir a prática de atos sexuais que sejam prejudiciais ao desenvolvimento sexual normal do menor de quatorze anos, maculando sua autodeterminação sexual, atribuindo maior gravidade aos chamados atos sexuais de relevo consistentes em práticas como cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

Já o conceito legal/formal do crime brasileiro “estupro de vulnerável” encontrado também em seu Código Penal, consubstancia-se em “ter conjunção carnal” OU praticar outro “ato libidinoso” com menor de 14 anos. Assim, o legislador tipifica condutas sexuais que, embora praticadas sem violência ou ameaça grave; implicam em atos criminosos por ofender a dignidade sexual de indivíduos vulneráveis em razão da idade, desprovidos da capacidade de discernir ou de resistir, não possuindo a aptidão de externar o seu consentimento racional, seguro e pleno quanto ao exercício de sua sexualidade.

Cumpre ainda salientar que, o desejo de realização do presente estudo comparado surgiu em virtude do intercâmbio realizado aqui em Portugal, durante o qual foi possível se familiarizar com a legislação local, e, visando ampliar conhecimentos, optou-se pela elaboração de uma dissertação de mestrado que comparasse tipos penais de Portugal e do Brasil.

Nesse viés, no caso do presente trabalho, pode-se afirmar que, desde os primórdios, Brasil e Portugal estão intimamente ligados e, apesar das diferenças culturais e legislativas hoje existentes, a análise em tela procura apresentar as semelhanças e diferenças entre as legislações dos dois países no tocante aos crimes de Abuso Sexual de Crianças e o Estupro de Vulnerável.

Assim, a proposta da presente Dissertação de Mestrado, ultrapassada a construção narrativa que estabeleceu os delineamentos básicos dos dois delitos em análise no sistema jurídico penal português e brasileiro, objetiva-se estabelecer os pontos de similitudes e dissimilitudes entre os elementos constitutivos dos tipos penais em comento analisados.

Tratando-se de um trabalho de investigação científica, fez-se necessário adotar como metodologia de investigação jurídico-social, a técnica da pesquisa bibliográfica, fazendo uso

da doutrina e da legislação como base de estudo para fundamentar as ideias aqui propostas, bem como das análises jurisprudenciais dos tribunais locais.

Visando uma melhor compreensão do trabalho, os capítulos da Dissertação foram divididos da seguinte maneira:

O Capítulo 1 traz uma abordagem acerca da construção teórica da noção de violência/abuso sexual de crianças, bem como da concepção da ideia de infância, de criança e de sua sexualidade, explicitando ainda acerca dos instrumentos jurídicos de proteção ao infante contra abusos e maus tratos; além de apresentar uma discussão sobre a dignidade da pessoa humana enquanto corolário do direito ao desenvolvimento da sexualidade infantil de forma saudável.

No Capítulo 2 promoveu-se uma apresentação do conceito formal/legal do crime lusitano “Abuso Sexual de Crianças”, indicando quais condutas são consideradas ilícitas do ponto de vista legal, preenchendo a moldura do tipo penal em análise. Apontando ainda a tipologia do comportamento criminal e a evolução histórica do delito, bem como a natureza do crime, sua classificação e os elementos objetivos constitutivos do tipo, além de analisar o bem jurídico protegido autodeterminação sexual da criança.

O Capítulo 3 apresenta o conceito formal/legal do crime brasileiro “Estupro de Vulnerável”, apontando as condutas que ofendem a dignidade sexual de indivíduos vulneráveis em razão da idade, bem como a evolução histórica do delito. O capítulo ainda discute acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos e de sua relativização, trata da natureza da ação penal no caso do delito e apresenta os elementos objetivos constitutivos do tipo; analisando também o bem jurídico tutelado dignidade sexual do vulnerável.

O Capítulo 4 procura estabelecer os pontos de similitudes e dissimilitudes entre os elementos constitutivos dos tipos penais Abuso Sexual de Crianças e Estupro de Vulnerável, destacando-se a terminologia e conteúdo dos crimes sexuais analisados, a evolução histórica dos delitos, bem como os elementos objetivos constitutivos dos tipos. O texto traz também uma análise comparativa acerca do consentimento da vítima com a relação nos delitos, da persecução penal e do bem jurídico protegido em ambos os crimes. Seguem-se, ainda, algumas considerações finais sobre a temática, objeto do presente estudo.

CAPÍTULO 1

1. VIOLÊNCIA/ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS

O tipo penal português “Abuso Sexual de Crianças” aplica-se a quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa. Ao passo que o crime brasileiro “Estupro de Vulnerável” implica ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

Note-se que as práticas sexuais acima descritas e capituladas como crimes não exigem o uso de violência física, pelo que o facto sexual pode ser praticado com o consentimento da vítima ou mesmo a seu pedido e, não obstante, continuar a ser considerado crime em razão dos bens jurídicos tutelados em cada tipo penal destacado. Ainda assim, entende-se como necessária uma reflexão sobre o fenómeno da violência.

A idéia é discutir, mesmo que, sem a pretensão de esgotar a temática, acerca desse evento social polissêmico, complexo e de diferentes formas de manifestações na sociedade que não se excluem mutuamente, seja através da violência física, moral, psicológica, patrimonial, sexual, dentre tantos outros tipos de violência que podem ser verificadas no cotidiano social.

Etimologicamente, a palavra ‘**violência**’ deriva do latim “*violentia*”, que significa “veemência, impetuosidade”, mas na sua origem está relacionada com o termo “violar” que significa desrespeitar, infringir, transgredir, envolvendo todo tipo de violação de direitos.

A noção de violência, no sentido jurídico do termo, relaciona-se ao uso da força física ou moral como meio de violação do direito alheio, constringendo o outro a fazer o que lhe é imposto através de coação física e/ou psicológica. Ou seja, a violência implica no uso da força sobre alguém, para coagi-lo a submeter-se à vontade de outrem.

Para além do conceito de violência no sentido jurídico do termo, pode-se afirmar que, a violência se apresenta como uma realidade histórica que se faz presente diariamente no seio de quase toda e qualquer sociedade, manifestando-se de diversas maneiras. Além de se apresentar como um fato cuja compreensão exige um estudo interdisciplinar das áreas do direito, história, filosofia, sociologia, psicologia, antropologia e ciências da saúde.

Todavia, Angel Pino⁴ faz uma advertência acerca dos múltiplos sentidos da palavra “violência”, destacando que este é um verbete cuja potência evocativa de seu nome é maior que a do seu significado, provocando reações racionais ou emocionais nas pessoas, cujo imaginário recheado de fatos violentos, pode alimentar os impulsos destrutivos dos indivíduos.

Por outro lado, o termo ‘abuso’, segundo o Dicionário Aurélio tem origem no vocábulo latino ‘*abusare*’, que significa “usar ou consumir de forma excessiva, errada ou inconveniente; procurar relações sexuais com alguém sem o seu consentimento; insultar; agir de forma a servir apenas os próprios interesses, mesmo se prejudicando outrem”⁵

Observe-se que a definição de abuso remete à idéia de uso em excesso, sugerindo, portanto, que, em alguma medida, existe um uso aceitável e/ ou permitido do corpo da criança vítima dessa violência. Por tal razão, alguns pensadores criticam o uso da expressão “abuso sexual”, como se observa nas ponderações de Jane Felipe⁶ ao abordar o tema.

Assim, seguindo a linha de raciocínio da supracitada autora, o presente trabalho se utiliza da expressão violência/abuso sexual para enfatizar que abuso remete à violência, mesmo que tenha sido praticado de forma sedutora, demonstrando que tal prática denota a desigualdade de poder entre adultos e crianças.

Nessa trilha de pensamento e, partindo-se da premissa da não pretensão de esgotamento do tema, cumpre destacar os conceitos de violência elaborados por Vicente de Paula Faleiros e Marilena Chauí.

Em suma, a noção de violência, na perspectiva de Faleiros⁷, está intrinsecamente relacionada às idéias de poder e subordinação de um grupo sobre outro, manifestando-se nas relações familiares, individuais, coletivas no campo ou na cidade. Atingindo não apenas o corpo, mas também o psicológico dos indivíduos, refutando e desmistificando, portanto, o pensamento ligado ao senso comum de que os episódios de violência acarretam apenas prejuízos de ordem física no ser humano.

⁴ ANGEL, Pino - Violência, Educação e Sociedade: Um olhar sobre o Brasil contemporâneo. **Educação e Sociedade** [Em linha]. Campinas: vol. 28, nº 100 - Especial, (Out. 2007), p. 763-785. [Consult. 22 jan. 2019]. Disponível em <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/1012.pdf>.

⁵ *Abuso* in: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - Dicionário Aurélio de Português Online. [Em linha]. Abuso, 2019. [Consult. 20 Jan. 2019]. Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/abuso>.

⁶ FELIPE, Jane - Afinal, quem é mesmo pedófilo? **Cadernos Pagun**. Nº 26 (Jan./Jun.2006), p. 201-223.

⁷ FALEIROS, Vicente de Paula - **Violência contra a pessoa idosa: ocorrências, vítimas e agressores**. Brasília: Universa, 2007.

Também dentro dessa perspectiva de associar a violência ao poder e à subordinação, tem-se o entendimento de Marilena Chauí⁸ que compreende a manifestação da violência relacionada à transformação de diferenças em desigualdades hierárquicas, reforçando, assim, que o indivíduo “diferente, mais fraco, mais vulnerável”, tende a ser o dominado, tratado como “objeto”, cuja obrigação é apenas a de satisfazer os desejos do dominador, que alcança seu intento através da exploração, opressão, ameaça. Noutro giro, o dominador não trata o dominado como “sujeito”, dono de suas vontades e desejos, mas faz com que este perca sua autonomia, determinação e capacidade de escolhas.

1.1. Violência Sexual Infantil

Essa concepção de violência de Marilena Chauí fundamenta a compreensão, no presente estudo, da violência sexual de crianças expressa na forma de abuso sexual praticado contra as crianças e do estupro praticado em face de indivíduo vulnerabilizado pela idade. Entende-se a violência num sentido amplo, como gênero do qual os crimes de Abuso Sexual Infantil (art. 171º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal Português) e de Estupro de Vulnerável (art. 217-A, *caput*, do Diploma Penal Brasileiro) são espécies, conforme quadro didático explicativo abaixo:

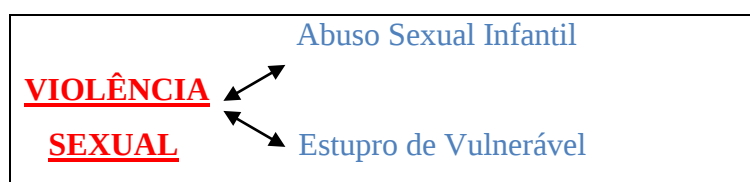


Figura 1: Tipos de Violência Sexual

Nesse diapasão, compreende-se a chamada “violência sexual infantil”, tal qual exposto por Guerra que destaca tratar-se de “um envolvimento de crianças e adolescentes, dependentes e imaturos, quanto ao seu desenvolvimento, em atividades sexuais que não têm condições de compreender plenamente e para as quais são incapazes de dar o consentimento informado ou que violam as regras sociais e os papéis familiares”⁹.

⁸ CHAUI, Marilena - Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: Franchetto, Bruna, Cavalcanti, Maria Laura V. C. e Heilborn, Maria Luiza (orgs.). **Perspectivas Antropológicas da Mulher**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985, p. 25-62.

⁹ GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo - **Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 1998. ISBN: 9788524904356. p. 31.

Assim, a violência sexual contra as crianças deve ser pensada não como um ato individual ou de grupo isolado e associado à vingança, à raiva ou ao descontrole do agressor, mas sim como uma relação desigual de poder estruturado cultural, social e economicamente que se exerce tanto na dinâmica da relação interpessoal como institucionalmente. Implica, pois, de um lado, uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.¹⁰

Faz-se necessário, ainda, chamar à atenção para o fato de que, a violência sexual infantil aqui tratada implica num fenômeno social e não deve ser confundido com o conceito formal de crime, tendo em vista que este é um conceito de natureza legal que indica algum ato de transgressão da lei penal, sujeitando o seu infrator às penas legais variáveis de acordo com as sociedades nas quais a violação da lei ocorreu.

Cumprê destacar ainda que, de modo geral, em se tratando de violência/abuso sexual de crianças, este pode ocorrer com ou sem contato físico, com o uso da força ou de violência psicológica, com a introdução ou não de objetos e/ou penetração genital ou anal.

Percebe-se, portanto, que a violência/abuso sexual de crianças é um fenômeno multifacetado, cuja análise e compreensão exigem a contribuição da interdisciplinaridade, buscando a compreensão da psicologia e de outras ciências da saúde, além dos conceitos jurídicos que serão abordados nos respectivos capítulos que analisarão os crimes sexuais selecionados para o presente estudo.

Assim, no Capítulo 2 pretende-se discorrer sobre o crime de Abuso Sexual de crianças, disposto no art. 171º, nºs 1 e 2, do Código Penal Português e no Capítulo 3 acerca do delito de Estupro de Vulnerável, tipificado no *caput* do art. 217-A, do Código Penal Brasileiro, destacando-se que, trata-se de dois tipos penais, portanto, apresentam um conceito formal/legal de crime, embora sejam condutas reprováveis também do ponto de vista social e moral e remontarem à prática de uma violência sexual infantil praticada contra crianças.

No que tange à discussão acerca da violência/abuso sexual de crianças, Genival Veloso França aduz que a medicina legal define abuso sexual infantil como “toda e qualquer exploração do menor pelo adulto que tenha por finalidade direta ou indireta a obtenção do prazer lascivo”¹¹.

¹⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 32-33.

¹¹ FRANÇA, Genival Veloso - **Medicina legal**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, p. 238.

Observa-se na definição trazida por França acerca do abuso sexual de crianças, o elemento da satisfação lasciva, destacando que o abuso visa sempre à obtenção de prazer sexual. Em que pese à compreensão desenvolvida pelo autor e na seara médica, o conceito de abuso sexual infantil não implica necessariamente, a satisfação sexual do abusador. Essa inclusive é uma idéia que perpassa o senso comum, mas, para as ciências jurídico-sociais, a ausência de busca pelo prazer sexual não define a ocorrência ou não do abuso. Este irá acontecer sempre que houver uma relação desigual de poder entre a criança e o abusador, na qual este trata àquela como “objeto” de suas intenções, ainda que sejam intenções não voltadas para o prazer sexual próprio.

Em verdade, a tônica da idéia de abuso sexual infantil deve ser sempre a criança vítima da violência, e não o agente agressor, e na finalidade que este pretende com o ato abusador, conforme se observa no conceito da Organização Mundial de Saúde (OMS) abaixo explicitado.

Nessa linha de raciocínio, a OMS conceitua, em síntese, abuso sexual como sendo a participação de uma criança em práticas sexuais sem que ela tenha compreensão e/ou capacidade para consentir com tal ato devido ao seu pouco desenvolvimento cognitivo, ou ainda em práticas que ocorram dentro de uma determinada sociedade que provoque a violação de leis ou normas sociais.¹²

Ainda sobre a conceituação de abuso sexual, Kendall-Tackett, K., Williams, L. & Finkelhor, D. citados por Catarina Ribeiro, aduzem que “as atividades sexuais que envolvem crianças e o carácter abusivo dessas atividades (como nos casos em que o menor solicita contraprestação financeira num ato sexual, o que pressupõe desigualdade de poder entre ela e o abusador), são dois elementos centrais abarcados pelo abuso sexual”¹³.

Nota-se nos conceitos supracitados que a compreensão do abuso sexual perpassa pelo carácter abusivo das atividades sexuais impostas à criança sem que a mesma tenha capacidade emocional ou cognitiva para compreender o significado de tal prática violadora de sua dignidade e autodeterminação sexual.

Nesse mesmo sentido, Teresa Magalhães aduz que o abuso sexual implica em práticas em que o menor, diante de seu estágio de desenvolvimento, não consegue compreender e para

¹²ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - **Relatório Mundial sobre Violência e Saúde**. Genebra, 2002.

¹³ RIBEIRO, Catarina - **A criança na justiça: Trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

as quais não está preparado, sendo incapaz de dar o seu consentimento informado, além de se mostrar como uma conduta que viola a lei, os tabus sociais e normas familiares¹⁴.

Em que pese às definições outrora traçadas, importa destacar que, a definição jurídica de abuso sexual de crianças será mais bem explorada no próximo capítulo, no qual será analisado o tipo objetivo em Portugal.

1.2. Da Infância, da Criança e da Sexualidade Infantil

1.2.1. Da Infância

A compreensão do processo e do significado da infância depende do momento histórico em que tal processo é pensado e elaborado. Dentro dessa perspectiva de raciocínio, o pesquisador Philippe Ariès afirma que o conceito ou a idéia que se tem da infância foi sendo historicamente construído. Assim, a criança, por muito tempo, não foi vista como um ser em desenvolvimento, com características e necessidades próprias, e sim como “homens de tamanho reduzido”¹⁵.

Um resgate histórico da idéia de infância irá apontar que, ainda no período que vai da Idade Antiga (4000 a.C a 476 d.C) até o início da Idade Média (século V), não existia a concepção de infância, tal qual conhecemos hoje, tão pouco a idéia de que a figura da criança é um ser social e cultural carente de proteção jurídica. Não por outra razão destaca Azambuja que, já em seus primórdios, os homens praticavam várias formas de violência à criança, independentemente da idade desta, seja através do corte da mão, da língua, da extração dos olhos, tendo, inclusive, o pai sobre o filho, o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los como mercadorias. Logo, as crianças não eram sujeitos de direitos, mas sim objetos do uso e do abuso paterno, sobretudo em razão do vazio da expressão e da ideia de infância como uma fase peculiar do infante que exige cuidado, proteção e afeto¹⁶.

Assim, a trajetória infantil era marcada pela violência, discriminação e exploração. Conforme a resenha de Ecco do livro *História social da criança e da infância*, de autoria de Philippe Ariès, a mortalidade infantil era algo aceito com naturalidade, podendo ainda ocorrer

¹⁴ MAGALHÃES, Teresa - **Maus tratos em crianças e jovens: Guia prático para profissionais**. Coimbra, 2002: Quarteto Editora, p. 34 e 35.

¹⁵ ARIÈS, Philippe - **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981, p. 18.

¹⁶ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de - Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? **Revista Virtual Textos & Contextos**. [Em linha]. Porto Alegre. ISSN 1677-9509. Ano 5, nº 5 (Nov. 2006), p. 01-19. [Consult. 2 Jan. 2019]. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/1022/802>.

a entrega das crianças para que outra família¹⁷ as educassem, ocorrendo o retorno dessa criança para casa aos sete anos. Idade em que estaria apta para ser inserida na vida da família e no trabalho.¹⁸

Cumprir destacar que, a obra de Ariès é considerada um trabalho pioneiro na análise e concepção da infância. Todavia, o fato de o autor defender a tese, de que o século XVII é o marco do nascimento da idéia de infância, levanta questionamentos. Entre as críticas à pesquisa de Ariès está o fato de ele não ter dado a devida importância às crianças das classes desfavorecidas, pois foca apenas no aparecimento da infância burguesa no mundo ocidental, desconsiderando a hipótese de que a idéia de infância possa também ter sido derivada de outras formas em outras culturas ignoradas pela modernidade. Com essa linha de raciocínio, deixou transparecer a visão de que a “infância recém-descoberta” era hegemônica.¹⁹

Todavia, mudanças com relação ao cuidado com a criança só começam a ocorrer de modo mais marcante no século XVII e XVIII, com a interferência dos poderes públicos, da escola que passa a ser freqüentada por crianças separadas dos adultos, e da Igreja. Somado ao fato de uma mudança cultural, influenciada por todas as transformações sociais, políticas e econômicas que a sociedade vinha vivenciando, apontava para mudanças também no interior da família e das relações estabelecidas entre pais e filhos.²⁰

Conforme narrativa pretérita, na atualidade alguns teóricos começaram a questionar o trabalho de Ariès de colocar o século XVII como o marco para o nascimento da idéia de infância. Nesse sentido, Sarat²¹ sustenta que a noção da construção da infância sempre existiu, sendo registrada em indícios de escavações arqueológicas; quando foram encontrados materiais, resquícios de brinquedos, objetos, miniaturas de bonecas, a indicar a presença da

¹⁷ Críticos à obra de Ariès (1981) apontam que suas análises fundam-se nas crianças de classe alta, tendo em vista que as crianças do povo não eram educadas fora do seio familiar nos seus primeiros anos de vida, por exemplo.

¹⁸ ECCO, Clovis - Resenha do livro ARIÈS, Philippe. História Social da Criança e da Família. 2ª. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981. **Revista Caminhos** [Em linha]. Goiânia, V. 7, nº 2 (Jul/Dez. 2009), p. 351-356. [Consult. 6 Jan. 2019]. Disponível em <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/caminhos/article/viewFile/1224/857>.

¹⁹ BROERING, Adriana de Souza - A “descoberta” da infância ocidental na modernidade: quais crianças foram “colocadas nesse berço”? **Revista Linhas**. Florianópolis, v. 16, n. 30, (jan./abr. 2015), p. 270 – 285.

²⁰ ECCO, Clovis - Resenha do livro ARIÈS, Philippe. História Social da Criança e da Família. 2ª. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981. **Revista Caminhos** [Em linha]. Goiânia, V. 7, nº 2 (Jul/Dez. 2009), p. 351-356. [Consult. 6 Jan. 2019]. Disponível em <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/caminhos/article/viewFile/1224/857>.

²¹ Sarat *apud* NASCIMENTO, Cláudia; BRANCHER, Vantoir Roberto; OLIVEIRA, Valeska Fortes de - A Construção Social do Conceito de Infância: uma tentativa de reconstrução historiográfica. **Revista Linhas**, Florianópolis, v. 9, n. 1, (jan. / jun. 2008). p. 04-18. [Em linha] <http://www.periodicos.udesc.br/index.php/linhas/article/viewFile/1394/1191>

criança e um espaço próprio dela no seu meio social. Sendo que, inclusive, algumas sociedades primitivas já haviam iniciado os processos de separação de atividades de adultos e crianças.

Independentemente da segurança em relação à perspectiva do nascimento da idéia de infância no século XVII, o que importa registrar é que, somente no século XIX surge a primeira concepção da criança como pessoa, digna de proteção diferenciada em virtude da idade e de suas limitações físicas e emocionais, evidenciando que, de fato, a infância passa a ser reconhecida e tratada como uma fase infantil diferenciada. Já no séc. XX assiste-se ao reconhecimento da criança como sujeito de direitos.

Todavia, por força das transformações sociais, econômicas e legislativas, a criança é tratada hoje como sujeito de direitos, digna de cuidado e proteção especial em vista de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Tem-se, portanto, que o reconhecimento da ideia de infância como merecedora de proteção especial justamente por representar um período peculiar da vida do ser humano, foi tarefa que tardou milênios históricos. Vários foram os séculos em que a criança foi objeto de crueldade e violência, sendo tratada como “coisa e objeto” do poder familiar.

1.2.2. Da Criança

Os dicionários de língua portuguesa, de modo geral, definem a palavra criança como estando relacionada à pessoa no período da infância. Especificamente no Dicionário escolar da língua portuguesa “Aurélio Júnior” tem-se as seguintes definições para os termos “criança” e “infância”, respectivamente:

Criança. 1. Ser humano de pouca idade, menino ou menina. 2. [figurado] Pessoa ingênua, infantil. **Infância.** 1. Período de crescimento, no ser humano, que vai do nascimento à puberdade; meninice. 2. As crianças. ²²

Assim, a presente definição destaca ser ‘criança’ a figura do indivíduo de pouca idade, ainda que não defina sua faixa etária, e que está na fase da infância. Ou seja, nesse contexto, “criança” é um ser humano (menina ou menino) no início de seu desenvolvimento físico, psicológico e cognitivo.

²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - **Aurélio Júnior: dicionário escolar da língua portuguesa**. 2ª Ed. Curitiba: Editora Positivo, 2011. ISBN 978-85-385-4735-8, p.265 e 509.

Logo, pode-se afirmar que, é na infância que se estabelecem os primeiros níveis da formação da personalidade do indivíduo. É nos primeiros anos de vida que a criança aprende valores, normas de conduta e capacidades especificamente humanas, tornando-se capaz de se expressar diante do mundo que a cerca. Desse modo, a partir das situações que a criança vivencia, ela forma uma consciência cada vez mais complexa sobre os objetos e seu conhecimento e sobre as relações humanas, adquirindo também autoconsciência, ou seja, conhecimento de si mesma.

Todavia, o problema dos limites etários da infância adensa-se quando se procura estabelecer a idade a partir da qual se deixa de ser criança. Relativamente a este problema, a tradição jurídica inaugurada pela Convenção dos Direitos da Criança considera como criança «todo o ser humano até aos 18 anos, salvo se, nos termos da lei, atingir a maioridade mais cedo» (artigo 1º). Outras tradições, e outros contextos sociais, também estabelecem, porém, outros limites. A entrada na puberdade é, em algumas comunidades, etnias e culturas, considerada como o fim da infância e o início da adultez, com a consequente entrada num universo novo de direitos e deveres, como, por exemplo, o de poder constituir família ou o de participar na constituição da economia familiar. Assim "ser criança" varia entre sociedades, culturas e comunidades, ou ainda, de acordo com a estratificação social. Do mesmo modo, varia com a duração histórica e com a definição institucional da infância dominante em cada época.

Conforme acima citado, a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 em seu art. 1º, define “criança” como sendo a que não alcançou ainda os 18 anos, podendo deixar de ser considerada criança antes daquele limiar, caso atinja a maioridade mais cedo, nos termos da respectiva lei nacional.

No mesmo sentido, a Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, conhecida como “Convenção de Lanzarote”, de 25 de outubro de 2007, em seu art. 3º, alínea a, dispõe que: “«Criança» designa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos”.²³

No caso do ordenamento brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), estabelecido pela Lei nº 8.069 de 1990, distingue criança de adolescente no seu art. 2º, nos

²³ Art. 3º, alínea a, da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, conhecida como “**Convenção de Lanzarote**”, de 25 de outubro de 2007.

seguintes termos, “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos; e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.²⁴

Nota-se que, para ambos os diplomas legais, tanto para a Convenção sobre os Direitos da Criança, quanto para o Estatuto Brasileiro da Criança e do Adolescente, o fator preponderante para determinação de criança é a idade, independente de condições psíquicas ou biológicas. Trata-se de um conceito legal e estritamente objetivo, sendo certo que outras ciências, como a psicologia e a pedagogia, podem adotar parâmetros etários diversos. Vale também mencionar que, nas normas internacionais, o termo “criança” é utilizado para definir, em regra, as pessoas com idade inferior a 18 anos.

O mesmo critério etário é adotado pela legislação portuguesa na “Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo” (Lei nº 31, de 22 de agosto de 2003). No entanto, à semelhança do direito brasileiro, adota uma terminologia dual, cindindo a faixa etária consagrada na Convenção em duas – criança e jovem – sem, no entanto, e ao contrário do direito brasileiro, identificar idades que permitam a distinção entre as duas categorias, embora venha a tratar de forma diversa as crianças e jovens consoante a idade nalgumas das disposições consagradas no mesmo diploma.

Por outro lado, da definição consagrada naquele diploma, verifica-se a necessidade de adoção de terminologia que extravase a Convenção, uma vez que se permite a aplicação daquela lei para além dos 18 anos e, no limite, até aos 25 anos de idade, segundo art. 5º, para efeitos daquela lei.

Nota-se que os diplomas supracitados seguem uma nova tendência de não considerar a ‘criança’ como uma categoria uniforme, como a acolhida pela CDC - Convenção sobre os Direitos da Criança - e pela Convenção de Lanzarote, muito embora a própria CDC não ignore a necessidade de uma intervenção diferenciada de acordo com a idade e a maturidade, nos termos do seu art. 12 que preconiza que os ‘Estados Partes’ devem garantir à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.²⁵ Percebe-se que, assim como dispõe o “Estatuto da Criança e do Adolescente” no que concerne à definição etária de criança, nas duas legislações

²⁴ Atendendo ao disposto no Inciso XV do Art. 24 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que dispõe que: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XV - Proteção à infância e à juventude; editou-se **o Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**, que estabelece as normas gerais de proteção à infância e à juventude.

²⁵ Art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989.

portuguesas supracitadas, também ocorre a designação da figura da “criança” como pessoa com idade inferior à dezoito (18) anos.

Cumpre ressaltar que, em relação à capacidade civil dos menores, as legislações de Portugal e do Brasil divergem em relação às faixas etárias que concretizam o conceito de criança. Nesse sentido, o art. 122º do Código Civil Português (Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966) dispõe que o menor é aquele que ainda não completou dezoito anos de idade, carecendo este de capacidade para o exercício de direitos (art. 123º). Por outro lado, a legislação civilista lusitana assegura o fim da incapacidade dos menores quando eles atingem a maioridade de 18 anos (art. 130º) ou quando são emancipados pelo casamento (art. 129º e 132º). Assim, a emancipação do menor através do casamento, atribui a este plena capacidade de exercício de direitos, habilitando-o a reger a sua pessoa e a dispor livremente dos seus bens como se fosse maior, desde que o menor tenha obtido a autorização dos pais ou do tutor, ou o respectivo suprimento judicial para o casamentos (art. 1649º).

Já no que tange à legislação brasileira, conforme dispõe o art. 3º, do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), os menores de 16 anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, ao passo que o art. 4º e seus incisos, tratam da incapacidade relativa no que tange a certos atos ou à maneira de exercê-los. Assim, seriam relativamente incapazes, os maiores de 16 e menores de 18 anos (inciso I); os ébrios habituais e os viciados em tóxico (Inciso II); aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (Inciso III); os pródigos (Inciso IV). Desse modo, perante a Lei Brasileira, a menoridade civil cessa aos dezoito anos completos, ocasião em que a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil (art. 5º), existindo ainda uma faixa etária intermediária (entre os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos) que possuem uma incapacidade relativa para os atos da vida civil.

Ademais, diferentemente da legislação civil portuguesa em que se concede à emancipação do menor apenas através do casamento, para o legislador brasileiro, cessará para os menores a incapacidade também por outras hipóteses, conforme descreve o art. 5º, parágrafo único do Código, a saber:

Art. 5º Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Dessa forma, em que pese às diferentes classificações e definições atribuídas à criança e aos jovens, ou à infância e à juventude, importa destacar que tais fases evidenciam um momento especial da vida do ser humano, devendo ser-lhe assegurado o *status* de pessoa em situação peculiar de desenvolvimento.

Nessa linha de raciocínio, a Declaração dos Direitos da Criança (DDC) adotada em 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, já indicou que a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual e, sobretudo, em razão de sua condição especial, biológica e psíquica, de início já se apresenta em visível posição de vulnerabilidade, necessitando de proteção e cuidados especiais, o que tem ocorrido com a edição de normas específicas voltadas para tutelar os interesses das crianças, o que tanto no plano interno dos Estados quanto internacional nos últimos anos fora fortemente perseguido. Diversos documentos foram editados consagrando uma doutrina de proteção integral da criança demonstrando que a concretização dos direitos ali tutelados é fundamental à qualidade da infância vivenciada pelas crianças.

Tal fato demonstra que na atualidade o fenômeno social da infância alcançou relevância e dimensão internacional, forçando os tempos atuais a ofertarem melhores condições de vida às crianças e o respeito aos seus direitos, sempre reconhecendo na criança e no adolescente pessoa em processo de desenvolvimento e em processo de construção progressiva de suas competências e capacidades, estando num momento de vida particular.

Assim, a concretização dos direitos da criança torna-se assunto de “interesse público muitíssimo relevante”, cujo instrumento desse reconhecimento de interesse público prioritário é a consagração da criança como ‘sujeito de direito’. Não por outra razão, defende Armando Leandro que, “(...) este reconhecimento, também ao nível do Direito da criança como ente completo, embora em desenvolvimento, titular autónomo de Direitos Humanos, fundados na sua indiscutível e inviolável dignidade como pessoa, constitui uma aquisição civilizacional relevantíssima”²⁶.

²⁶LEANDRO, Armando - **A criança sujeito autónomo de direitos humanos: Desenvolvimentos de uma aquisição civilizacional plena de virtualidades**. In: *e- book* Promoção e proteção dos direitos das crianças na área da Justiça. Autoria e coordenação do Projeto: Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ). Lisboa: Edição Digital, 2015, p. 10-11. [Consult. 05. Set. 2019]. Disponível em <http://fecongdl.org/pdf/crianca/DireitosCriançasJustica.pdf>

Logo, faz-se necessário pontuar que, mais importante do que qualquer definição etária para criança e/ou adolescente, é compreender esses indivíduos como sujeitos de direitos e pessoas em condição de especial desenvolvimento, dotados de vulnerabilidades, o que os tornam merecedores de proteção integral.

1.2.3. Da Sexualidade Infantil

A sexualidade é uma das dimensões do ser humano e envolve aspectos ligados ao gênero, identidade sexual, orientação sexual, amor, reprodução, envolvimento emocional, valores, relacionamento amoroso e não apenas finalidade reprodutiva, mas também está relacionada ao prazer humano.

No que diz respeito à criança, a sexualidade liga-se ao seu desenvolvimento, trazendo-lhe emoções, sentimentos, sensações de prazer ou desprazer. Embora na Antiguidade se negasse a idéia de infância como fase peculiar do desenvolvimento da criança, tratando a criança como objeto e não como sujeito como ficou referido supra, restou provado pelas ciências do desenvolvimento humano que crianças e adolescentes são seres sexuados e sentem desejos e emoções.

Quem primeiro revolucionou a idéia da sexualidade infantil foi Freud, em 1905, na sua obra “Três ensaios sobre a teoria da sexualidade”. O estudo freudiano apresenta manifestações sexuais da infância, comprovando a existência da sexualidade nas idades mais precoces e conceituando-a em cinco fases: oral, anal, fálica, de latência (fases até à adultez) e genital (fase adulta), sendo que a transição de uma fase à outra ocorre de forma gradual e sofre influências psíquicas, emocionais e orgânicas.²⁷

Cumpre ressaltar que, para Freud, o desenvolvimento sexual infantil de cada fase por ele apresentada é de suma importância para o crescimento emocional do ser humano, evitando-se, assim, “regressões” quando na fase adulta, que implica na ausência de elaboração adequada diante de uma situação difícil, fazendo com que a criança regreda para um período anterior da vida no qual se sentia segura, amada e protegida. Nesse sentido, sustenta Ângela Kung e as suas co-autoras que, quando ocorrem obstáculos que dificultam o desenvolvimento

²⁷ FREUD, Sigmund - Três ensaios sobre a teoria da sexualidade. In: Edição Standard Brasileira das **Obras psicológicas de Edmund Freud**. Vol. VII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

da criança, seja por excesso ou por falta de prazer, esta pode ficar fixada numa dessas fases, inviabilizando a elaboração de um crescimento pleno²⁸.

Dessa forma, considerando a criança como “sujeito” em condição peculiar de desenvolvimento, as referências teóricas sustentam a necessidade de que ela seja protegida; acolhida e estimulada em todo seu crescimento, inclusive na dimensão ligada ao prazer e descoberta sexual, fazendo-se crucial a evolução de uma sexualidade saudável, com experiências e interações pertinentes à idade da criança e do adolescente, sem violências.

Assim, resta claro que, em relação à criança, a vivência das fases constitutivas de sua condição de sujeito, inclusive a sexual, mostra-se de grande relevância com vistas ao seu progresso emocional e crescimento social saudável, razão pela qual não se pode admitir que crianças sejam abusadas, silenciadas, estimuladas precocemente e cruelmente violentadas em sua dignidade e liberdade sexual.

1.3. Instrumentos Jurídicos Nacionais e Internacionais de Proteção à Infância Contra a Violência/Abuso Sexual de Crianças

A partir do século XVII, o Direito Internacional ganha relevância na medida em que, com o avanço das fronteiras territoriais e com a multiplicação dos Estados, passou-se a exigir um sistema de normas jurídicas capazes de pacificar diferentes interesses.

Nesse sentido, Mazzuoli explica que o direito vai deixando de regular somente questões internas e passa também a disciplinar atividades que ultrapassam os limites físicos dos Estados, criando normas jurídicas que assegurem tal objetivo. Daí a existência dos acordos e tratados que reforçam a afirmação histórica do direito internacional, cabendo aos Estados membros da sociedade mundial a boa fé e o respeito àquilo que contratarem no cenário externo global.²⁹

Por outro lado, as relações entre os vários Estados, a mobilidade de pessoas entre fronteiras e, sobretudo, os conflitos entre as nações, fez emergir a necessidade de disciplinar, de forma uniforme, várias realidades, fazendo-se necessário o nascer de diferentes organismos internacionais, como por exemplo, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em

²⁸ KUNG, G. Ângela e outras - O direito à sexualidade em tempos de pedofilia e criminalização: uma contribuição para a desconstrução da generalização e do sensacionalismo atuais. In: **A defesa de crianças e adolescentes vítimas de violências sexuais: reflexões sobre a responsabilização a partir de dez situações acompanhadas por centros de defesas dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: ANCED- Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente, 2009, p. 97.

²⁹ MAZUOLLI, Valério de Oliveira - **Direito internacional público**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-203-3215-3. p. 9-12.

1945, de carácter geral e fundada na igualdade soberana de todos os Estados pacíficos, teve como propósito a manutenção da paz e da segurança internacionais e da União Europeia.

Também a matéria relativa à protecção das crianças mereceu a atenção por parte dos sistemas de direito internacional e regionais, pelo que se passará, de forma perfunctória, a uma abordagem dos seus principais marcos legais.

1.3.1. Instrumentos Jurídicos Internacionais

A visão da criança emergente dos finais do séc. XIX, o trabalho de sensibilização dos Estados e da comunidade internacional levado a cabo pelas associações e entidades particulares dedicadas à protecção da infância gerou os seus frutos, tendo os Estados e a comunidade internacional iniciado um processo de normatização relativa aos vários contextos de vida da criança.

Uma das áreas que tem merecido a atenção da comunidade internacional é da violência sexual contra crianças e jovens. De facto, os frequentes casos de violações e abusos praticados em forma de criminalidade de cariz sexual contra crianças têm preocupado a comunidade internacional, fazendo-a manifestar sua indignação com tal cenário através da criação de instrumentos jurídicos que impõem aos Estados signatários a adoção de medidas de prevenção e sanção de tais condutas criminosas.

Das normas internacionais que tratam da proteção dos direitos da criança, destacam-se as elaboradas pela Organização das Nações Unidas (ONU), tais como, a **Declaração dos Direitos Humanos** (ou do Homem) de 1948 e a **Convenção Sobre os Direitos da Criança** 1989³⁰; o **Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativos à venda de crianças, prostituição Infantil e Pornografia Infantil**, concluído em Nova Iorque em 25/05/2000 e assinado por Portugal em 06/09/2000, mas com vigência a partir de 16/06/2003 e o **Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos** (PIDCP), de 16 de Setembro de 1966.

Já dentro do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, do qual Portugal é parte integrante como país signatário, destaca-se a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos sexuais, de 25 de outubro de 2007, assinada em Lanzarote, na Espanha (denominada **Convenção de Lanzarote**); a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as

³⁰ Doravante designada por Convenção.

Mulheres e a Violência Doméstica, de 1º de agosto de 2014 (denominada **Convenção de Istambul**) e a Diretiva 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 13/12/2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, além da Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de dezembro de 2017, sobre a aplicação da Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011.

No que respeita à **Convenção de Lanzarote**, cabe informar que esta foi ratificada por Portugal em maio de 2012, dando-se um importante passo na luta contra a criminalidade sexual infantil. Tal documento apresenta como objetos a prevenção e combate à exploração sexual e aos abusos sexuais de crianças; a proteção dos direitos das crianças vítimas de tais condutas criminosas e a promoção da cooperação nacional e internacional contra a exploração sexual e os abusos sexuais de crianças.

Para os objetivos do presente trabalho, importa destacar, ainda, em relação à Convenção de Lanzarote, o conteúdo do seu art. 18º que tipifica como infração penal a prática de acto sexual com uma criança, desrespeitando sua idade ou fazendo uso da coação, violência ou ameaça ou ainda, abusando de reconhecida posição de confiança ou influência sobre a criança, inclusive no ambiente familiar, ou à prática de acto sexual com uma criança abusando de sua situação de particular vulnerabilidade em razão de sua incapacidade física, mental ou situação de dependência, quando a conduta seja praticada com dolo.

É de destacar, ainda, a imposição de um conjunto de medidas preventivas, nos artigos 4º e seguintes, que vão desde a formação dos profissionais que trabalham com menores até a educação das próprias crianças. Além disso, prevê-se a promoção de campanhas de sensibilização para o público em geral sobre o fenómeno da exploração sexual e dos abusos sexuais de crianças.

No que tange à **Convenção de Istambul**, cumpre ressaltar que, tal documento não é voltado à proteção especificamente das crianças em caso de violência sexual, mas sim busca o combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica, de adultas ou crianças do sexo feminino, tendo em vista que as vítimas de crimes sexuais são majoritariamente mulheres e crianças, sendo por isso natural a existência de normas sensíveis à questão do gênero e vocacionadas para a sua proteção. Portugal foi o primeiro Estado – membro da União Europeia a ratificar a Convenção de Istambul em 1º de agosto de 2014, demonstrando o comprometimento do país com o combate aos crimes sexuais através da maximização da tutela penal.

Já em relação à **Diretiva 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia**, de 13/12/2011, cabe destacar o artigo 3º, no qual se encontram as condutas definidas como crimes de abuso sexual infantil, destacando-se a prática de induzir para fins sexuais, uma criança que não tenha atingido a maioridade sexual a assistir a actos sexuais, a assistir a actos de abuso sexual ou a praticar actos sexuais com uma criança.

No que diz respeito à **Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de dezembro de 2017, sobre a aplicação da Diretiva 2011/93/UE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, importa destacar algumas das principais conclusões e recomendações do grupo de trabalho, como a condenação inequívoca de qualquer forma de abuso ou exploração sexual de crianças e a solicitação para que todas as instituições da UE e os Estados-Membros tomem medidas adequadas para prevenir todas as formas de violência física e psicológica, incluindo os abusos físicos e sexuais e a exploração sexual, e para proteger as crianças dessa violência.

No que tange à proteção e defesa dos direitos da criança à luz da **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948**, cujo reconhecimento da dignidade inerente a todo ser humano perpassa todo o documento, pode-se citar o art. 25, §2º que assim dispõe: “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”³¹.

Observe-se que, já em 1948, este documento internacional, considerado marco universal da defesa e proteção dos direitos humanos, preconizava o direito de cuidados e assistência especiais para a criança, destacando ainda a necessidade de uma salvaguarda social igualitária para os filhos nascidos dentro ou fora do matrimônio.

Em relação à **Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989**, trata-se de um instrumento internacional de direitos humanos fundado em alicerces eminentemente de proteção integral que melhor apresenta os direitos fundamentais, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais das crianças, partindo da premissa da existência de crianças em todo o mundo vivendo sobre condições difíceis e necessitando, portanto, de consideração e atenção especial.

Ao longo do art. 19, item 1, do texto da Convenção, observa-se o reconhecimento de direitos relacionados à proteção integral contra todas as formas de violência física ou mental,

³¹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, proclamada em Paris, em 10/12/1948, pela Resolução 217, da Assembleia-Geral da ONU. Artigo 25, §2º.

agressões ou abusos, negligência, maus tratos, exploração, incluindo abuso sexual, esteja à criança sob os cuidados dos pais ou de outros responsáveis.

Desse modo, a doutrina da proteção integral encampada pela Convenção sobre os Direitos da Criança situa o infante em uma situação privilegiada de garantia, obrigando os países signatários a priorizarem os interesses infanto-juvenis, de modo a reconhecerem a criança como um sujeito de direitos fundamentais importantes para o seu desenvolvimento pleno e saudável, longe de violência sexual, abusos e maus tratos.

Cabe ainda informar que o Brasil ratificou a Convenção Sobre os Direitos da Criança em 21 de novembro de 1990, ao passo que Portugal o fez em 21 de setembro de 1990, demonstrando assim, o compromisso desses países em defender e proteger suas crianças, tendo em vista que tal Convenção representou um marco na história dos direitos das crianças, consubstanciado em mais do que uma declaração de princípios, mas num Tratado de Direito Internacional, que, uma vez ratificado pelos Estados, toma força de lei e, portanto, torna-se vinculativo às nações que o ratificam.

Ademais, no que concerne ao **Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativos à venda de crianças, prostituição Infantil e Pornografia Infantil**, concluído em Nova Iorque em 25/05/2000 e assinado por Portugal em 06/09/2000, mas com vigência a partir de 16/06/2003, insta destacar o artigo 1.º, cujo teor dispõe que “os Estados Partes deverão proibir a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil”.

Já em relação ao **Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)**, de 16 de Setembro de 1966, destaca-se o disposto no seu art. 24, cujo conteúdo assegura às crianças o direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado, além de ter o direito a receber um nome e adquirir uma nacionalidade.

1.3.2. Instrumentos Jurídicos Nacionais de Portugal e do Brasil

Pode-se afirmar que, em regra, os direitos humanos constantes nas normas internacionais ganham traços de direitos fundamentais quando inseridos nas Constituições de cada país signatário dos Acordos e Convenções internacionais por aqueles ratificadas, muito embora seja verdade o fato de que, ainda que não ocorra a ratificação de tais acordos, se as normas neles circunscritas forem inseridas na Constituição local, também tais normas tornar-se-ão normas de direitos fundamentais.

Através da pauta dos direitos fundamentais, os Estados incorporam o conteúdo dos direitos humanos ao seu ordenamento jurídico e se comprometem a dispor de um conjunto de meios e de instituições para garanti-los.

Dentro desse contexto, encontram-se tanto dispositivos do Texto Constitucional quanto leis especiais voltadas à proteção da criança no cenário do Brasil e de Portugal, conforme será demonstrado logo abaixo:

Em relação à **legislação interna de Portugal**, no que tange à proteção dos direitos das crianças, em geral, pode-se destacar o art. 69º da Constituição da República Portuguesa que assegura à criança a proteção da sociedade e do Estado, com vistas ao seu desenvolvimento integral tanto em relação à sua personalidade, quanto à sua dignidade, além de outras garantias constitucionais dispostas no Capítulo II, que trata dos direitos e deveres sociais dos cidadãos portugueses, além dos dispositivos do Código Penal Português, em especial as disposições da Secção II que trata dos “crimes contra a autodeterminação sexual”.

Já em relação à legislação especial que visa proteger à criança, destaca-se a Lei nº 147/99, de 01 de setembro, denominada **Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo**. Esta lei tem por objeto a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo visando garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral, sendo que, no nº 2, do artigo 3º da Lei, encontra-se uma descrição exemplificativa dos casos em que se considera que a criança estará em perigo, exigindo a aplicação das medidas autorizadas pela Lei, encontrando-se expressamente previstas, na sua “alínea b”, como criança em perigo, a vítima de maus tratos físicos ou psíquicos, bem como a vítima de abusos sexuais.

Noutro giro, no que tange à proteção dos direitos das crianças, analisando a **legislação interna do Brasil**, pode-se destacar o art.227 da sua Constituição Federal que impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. Protegendo-os, assim, de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, além dos dispositivos do Código Penal Brasileiro, em especial as disposições contidas no “Título VI” que trata dos crimes contra a dignidade sexual, Capítulo I – “dos crimes contra a liberdade sexual”.

Já em relação à legislação especial que visa proteger a criança, pode-se citar o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Brasileira nº 8069, de 13 de julho de 1990, que adotou a doutrina da *proteção integral* dos direitos da criança e do adolescente e que preconiza a

proteção de **todos** os direitos infanto-juvenis, reafirmando a necessidade de especial respeito à condição da criança como pessoa em desenvolvimento e reconhecendo sua vulnerabilidade, entendendo-a como sujeito de direitos, independente de sua condição social.

Assim, resta claro que, a partir de todo esse conjunto de instrumentos legais nacionais, juntamente com as normas e acordos internacionais, a violência sexual infantil através do abuso sexual de crianças e do estupro de vulnerável, deixaram de serem vistos apenas como crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual, passando a serem tratados como violações aos direitos humanos fundamentais das crianças. Ou seja, ao respeito, à dignidade, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e ao desenvolvimento de sua sexualidade saudável, conforme restará melhor explicitado no tópico abaixo e, posteriormente tal temática também será aprofundada quando da abordagem do bem jurídico tutelado em cada crime analisado.

1.4. Respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Como Corolário do Direito ao Desenvolvimento da Sexualidade Infantil de Forma Saudável

De acordo com Marconi Pequeno “o fundamento dos direitos humanos está baseado na idéia de dignidade”, esclarecendo que a dignidade possui um valor incondicional, incomensurável, insubstituível para cada indivíduo. E assim, os direitos humanos seriam capazes de tornar os homens iguais, independentemente do sexo, nacionalidade, etnia, classe social, profissão, opção política, crença religiosa, convicção moral, orientação sexual e identidade de gênero³².

Já Pagliuca define os direitos humanos como sendo aqueles direitos inerentes a todo ser humano, reconhecidos em instrumentos jurídicos, com potencial de favorecer uma vida sem sofrimento imposto de modo abusivo. Sendo, portanto, fundamentais na medida em que são indispensáveis para que a pessoa possa viver com dignidade.³³

³² PEQUENO, Marconi Jose Pimentel - O fundamento dos direitos humanos. [Em Linha]. In: FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; NÁDER, Alexandre Antônio Gili. (Orgs.) - **Educando em direitos humanos: fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos**. João Pessoa: Editora da UFPB. V. 1, (2016). ISBN: 978-85-237-1161-0. p. 25-30. [Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/02_marconi_pequeno_fundamento_dh.pdf>.

³³ PAGLIUCA, José Carlos Gobbis - **Direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2010. ISBN 978-85-339-1607-4, p. 21.

Na Antiguidade Clássica, a idéia de dignidade estava relacionada ao *status*, à posição social que o indivíduo ocupava na sociedade e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, podendo se falar em pessoas mais dignas ou menos dignas.³⁴

Todavia, o entendimento atual de dignidade humana se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Não se trata da posição social que o indivíduo desfruta na sociedade que lhe faz ser merecedor de tratamento digno, mas sim, todo sujeito deve usufruir o respeito à sua dignidade.

Na tentativa de construção de uma compreensão jurídico-constitucional do termo “dignidade”, Sarlet apresenta algumas dimensões acerca de seu conteúdo e significados, ressaltando que, apesar de ser o direito quem define e decide qual a dignidade será objeto de tutela estatal, é na Filosofia que se encontra o significado do que é ser humano, do que é ser pessoa e de quais os valores que lhes são inerentes, e é isto que acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo como o direito reconhece e protege a dignidade³⁵.

Nessa perspectiva, a dignidade é elemento que qualifica o ser humano e dele não pode ser destacado, daí a compreensão de dignidade enquanto qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano. Ser detentor de tal qualidade, por si só, já qualifica qualquer pessoa a ser merecedora do mesmo respeito e consideração para o desenvolvimento de uma vida digna e saudável, longe de tratamento degradante e violento.

Por outro lado, na também tentativa de conceituar o termo dignidade, Martins leciona que a dignidade é da própria essência da pessoa humana, identificando o homem como ser único e especial, merecedor, portanto, de respeito como alguém que tem sentido em si mesmo, daí porque a dignidade seria um valor indissociável à condição humana, portanto, inseparável do ser humano.³⁶.

Assim, a dignidade é um valor espiritual e moral que cada sujeito traz consigo, uma característica pessoal que merece respeito, posto que faz parte do indivíduo enquanto ser humano. Trata-se, segundo Alexandre de Moraes de um “(...) mínimo invulnerável que todo

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-708-4. p. 98.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) - **Dimensões da dignidade**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009, p. 15-44.

³⁶ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati - **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2010.

estatuto jurídico deve assegurar”³⁷. Reforçando tal idéia, Marconi Pequeno pondera que a dignidade é o valor que confere humanidade ao sujeito, sendo, assim, essência da pessoa humana e nele existe pelo simples fato de ele ser humano³⁸.

Para além de uma compreensão filosófica da dignidade da pessoa humana, importa destacar que tal valor “a dignidade” foi reconhecida como princípio fundamental pelo legislador constituinte brasileiro e português, dando assim, condição normativa à dignidade.

Nesse sentido, no art.1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁹, tem-se a dignidade da pessoa humana como fundamento de seu Estado democrático de Direito.

De igual modo, na parte dos “Princípios Fundamentais”, no artigo 1º, da Constituição da República Portuguesa, o legislador constituinte sentenciou que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana⁴⁰.

Dissertando sobre o caráter compromissório do texto constitucional português, o constitucionalista Jorge Miranda assevera, (...) [o que] fica dito demonstra que a Constituição, a despeito do seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado⁴¹.

Nota-se nas palavras de Miranda que a Constituição Portuguesa possui um compromisso com os direitos fundamentais, e que Portugal, ao se declarar como uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana⁴² acabou por eleger a “pessoa” como fundamento e fim da sociedade e do Estado. Significa dizer que as matérias relacionadas aos direitos fundamentais visam alcançar os valores ligados à dignidade do ser humano e que a edificação de um “Estado Humano” é certamente um imperativo constitucional identificado no artigo 1º do texto constitucional lusitano.

³⁷ MORAES, Alexandre de - Direito constitucional. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

³⁸ PEQUENO, Marconi Jose Pimentel - O fundamento dos direitos humanos. [Em Linha]. In: FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; NÁDER, Alexandre Antônio Gili. (Orgs.) - Educando em direitos humanos: fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos. João Pessoa: Editora da UFPB. V. 1, (2016). ISBN: 978-85-237-1161-0. p. 25-30. [Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/02_marconi_pequeno_fundamento_dh.pdf, p. 27

³⁹ Art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴⁰ Art. 1º, da Constituição da República Portuguesa. Coimbra: Edições Almedina, 2016. p. 9.

⁴¹ MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional – Tomo IV: Direitos Fundamentais. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p.166.

⁴² Doravante “pessoa” considerar-se-á apenas como referida à pessoa humana, física, e não a pessoa jurídica.

Também Canotilho defende a premissa de que os direitos fundamentais constituem o alicerce do Estado de direito português e que o princípio da dignidade da pessoa humana, por ser um princípio fundamental⁴³, é estruturante do ordenamento jurídico português. Em suas palavras, “o Estado de direito é, por último, um Estado de direitos fundamentais. A constituição garante a efectivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem. (...) o Estado de direito é um Estado ‘antropologicamente amigo’ ao respeitar a dignidade da pessoa humana e ao empenhar-se na defesa e garantia da *liberdade*, da *justiça* e *solidariedade* (art. 1º)”⁴⁴.

Observe-se que Canotilho e Vital apontam para duas dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental da ordem lusitana. Por ser concebido como uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, tal princípio obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, estando o sentido da dignidade humana ligado à defesa dos direitos pessoais e sociais e também como “núcleo” dos direitos económicos, sociais e culturais⁴⁵.

Nesse contexto, compreende-se o princípio da dignidade da pessoa humana como o princípio fundamental que está na base do estatuto jurídico dos portugueses, razão pela qual sustenta Andrade “(...) realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”⁴⁶.

Já Jorge Reis Novais parte da ideia de que, os direitos fundamentais, concebidos como garantias individuais fortes, são oponíveis às decisões do Governo democraticamente legitimado, se tal decisão vier impor cerceamento na liberdade de opinião ou violar a esfera de autonomia e liberdade individual. Assim, na perspectiva do supracitado autor, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, a opinião de cada um e a

⁴³Canotilho leciona que: “Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa e ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2002. p. 1149).

⁴⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. ISBN 972-32-0474-6. p.83.

⁴⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 70.

⁴⁶ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Edições Almedina, 1987, p. 101-102.

possibilidade de exprimi-la, de lutar por ela e de viver segundo os próprios padrões, é tão valiosa quanto à opinião do outro que pensa de modo diferente⁴⁷.

Assim, resta claro que para o ordenamento jurídico português, todos os direitos fundamentais resguardos pela Constituição possui como base o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo ele, portanto, núcleo essencial de toda a lei fundamental de Portugal.

Dessa forma, percebe-se que, ambos os países (Brasil e Portugal) procuraram assegurar ao princípio da dignidade da pessoa humana um lugar de destaque em seus textos constitucionais. Ao ser conferido como “fundamento” de ambos os Estados, o Constituinte local concedeu a tal princípio um valor axiológico superior, ressaltando a necessidade de se colocar o homem como prioridade e valor a ser protegido.

Ademais, qualificar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental de um Estado/Nação demonstra que este se constitui em norma jurídico-positiva com *status* constitucional, para além de todo o seu conteúdo ético e moral filosófico. Não por outra razão Flávia Piovesan leciona que a dignidade da pessoa humana é um princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, tanto nas esferas local quanto global, assumindo o papel de um verdadeiro superprincípio constitucional.⁴⁸

Ademais disso, costuma-se apontar que o princípio da dignidade humana foi incorporado primeiramente na Constituição do México de 1917, depois na Constituição alemã da República de *Weimer* em 1919. Após a Segunda Guerra Mundial a dignidade humana foi incorporada em diversos documentos internacionais, dentre eles a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), demonstrando que tal princípio fora caracterizado como um valor-guia dos direitos humanos fundamentais justamente por sua carga axiológica-valorativa.

Nessa esteira de pensamento, José Afonso da Silva reconhece que a dignidade se sobrepõe a qualquer outro princípio, de forma intransponível, não aceitando relativização, constituindo-se como elemento fundante do Estado que busca preservar e defender a pessoa

⁴⁷NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-972-32-1445-1. p. 17-67.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia - **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-20849-0.

humana, especialmente aquelas em desenvolvimento, cuja vulnerabilidade e fragilidade são evidentes.⁴⁹

No que tange ao direito ao desenvolvimento de uma sexualidade infantil de forma saudável, livre de todo o tipo de violência e de abuso sexual, pode-se dizer que tal etapa somente será alcançada quando a dignidade sexual da criança for respeitada.

Ademais, não se deve lastrear a dignidade sexual sob critérios moralistas, conservadores ou religiosos. Igualmente, deve-se destacar que dignidade sexual não tem qualquer relação com *bons costumes* sexuais. Dignidade sexual diz respeito à autoestima do ser humano, em sua íntima e privada vida sexual, não cabendo qualquer ingerência estatal nesse contexto, a não ser para coibir atuações violentas contra adultos e agressivas à formação de crianças e jovens.

Sob este prisma, é preciso assegurar proteção social e a oportunidades de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade às crianças, protegendo-as das violências sexuais que tanto violam sua dignidade.

Ao defender e proteger o indivíduo, assegurando como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, o legislador constitucional buscou assegurar condições dignas de vida também às crianças. Assim, não se pode admitir que um sujeito em desenvolvimento, que tem assegurado um conjunto de direitos e garantias constitucionais nacionais e internacionais, seja tratado como “coisa/objeto”, violando, dessa forma, toda a construção da noção de dignidade da pessoa humana.

1.5. Do Bem Jurídico Tutelado Nos Crimes Sexuais Com Crianças

Pode-se afirmar que a finalidade do direito penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a sobrevivência da coletividade, consistente na tutela dos bens jurídicos tidos como extremamente valiosos para a vida em sociedade.

Nesse sentido, o brasileiro Luiz Regis Prado destaca que o Direito Penal só deve ser utilizado na defesa dos bens juridicamente imprescindíveis a uma existência pacífica entre os homens em sociedade e ao normal desenvolvimento da personalidade humana e que não podem ser protegidos por outras áreas do direito, tendo em vista que a sanção penal “reveste-

⁴⁹ SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais”.⁵⁰

Ao passo que o português Fernando Silva, pontua que o Direito Penal tem justamente a função de proteger os bens jurídicos e que são tais bens os condicionadores e limitadores da acção do direito criminal, que não deve intervir em áreas da sociedade onde não ocorra conflito com bens fundamentais.⁵¹

A doutrina ainda afirma que, cabe ao legislador, através de critérios políticos, que variam conforme o momento em que vive a sociedade, seleccionar os bens jurídicos que devem permanecer sob a tutela do direito penal, destacando o fato de que, o direito penal deve interferir o mínimo possível na vida em sociedade, devendo atuar apenas quando os demais ramos do direito não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior relevância.

Nessa esteira de raciocínio, Fernando Silva também leciona que para a seleção dos bens jurídicos devem-se adotar critérios de natureza constitucional, realizando uma ponderação de interesses no sentido de verificar quais bens jurídicos assumem relevância social, de modo a justificar a sua tutela penal, por força de sua natureza de *ultima ratio*, o que implica numa reflexão visando apurar se os demais ramos do direito não são capazes de concretizar a protecção do respectivo bem jurídico de forma eficaz.⁵²

De igual modo, encontra-se o posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias que ressalta a existência de uma relação de mútua referência entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem legal jurídico-penal, permitindo afirmar que a ordem de valores constitucional constitui o quadro de referência na seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal.⁵³

Dessa forma, o referido autor sustenta que os bens jurídicos merecedores de protecção penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e que se encontram em harmonia com a regra do Estado de Direito Democrático, segundo a qual o Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais na medida em que isso se torne imprescindível para assegurar uma vida social harmónica, destacando que esse é o significado do conteúdo

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis - **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, ISBN 978-85-309-8214-0. p. 108.

⁵¹ SILVA, Fernando - **Direito Penal Especial - Os crimes contra as pessoas**. 3ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011. ISBN 978-972-724-563-5.

⁵² SILVA, Fernando - **Direito Penal Especial - Os crimes contra as pessoas**. 3ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011. ISBN 978-972-724-563-5. p. 10-11.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito penal, parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. 2ª ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN-13: 978-8520331361. p. 120.

do art. 18º da Constituição da República de Portugal ao dispor que as restrições de direitos, liberdades e garantias só devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, assim como no Código Penal Português em seu art. 40º estatui, em total consonância com o referido normativo constitucional, que “a aplicação das penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos”.⁵⁴.

Além disso, a seleção dos chamados bens jurídicos ocorre levando em conta a evolução da sociedade, razão pela qual, em outros tempos, determinado ‘bem’ era considerado fundamental e por isso merecia a protecção do direito penal, ao passo que hoje já não goza desse *status*.

Pode-se citar como exemplo, a própria tutela do bem jurídico nos casos de crimes sexuais, tendo em vista as transformações nos padrões sociais e morais ao longo do tempo. Se outrora, protegiam-se os costumes relacionados à moral social, hoje tutela-se a dignidade sexual, liberdade e autodeterminação sexual e, especialmente nos casos de violência/abuso sexual infantil, deve-se proteger, de igual modo, o livre e sadio desenvolvimento da sexualidade da criança.

Destarte, percebe-se que a mutação do bem jurídico nos crimes sexuais está em sintonia com os valores de uma sociedade democrática e laica, livre das amarras moralistas e concepções ultrapassadas e conservadoras de uma determinada moral sexual, bem como em sintonia também com os instrumentos internacionais e nacionais que impõem a criminalização de condutas intencionais que lesem a dignidade sexual do infante.

Ademais, sob a perspectiva da tutela do bem jurídico nos casos de crimes sexuais infantis, resguardam-se as particularidades e fragilidades próprias da infância, seus recursos limitados tanto no plano físico quanto no plano emocional, garantindo às crianças o direito de fala e expressão, visto tratar-se de seres humanos em desenvolvimento, porém, livres e iguais aos demais indivíduos em direito e dignidade.

Nesse diapasão, serão analisados, em capítulo próprio, os bens jurídicos tutelados no caso dos crimes em análise no presente estudo, a saber: o crime de “**Abuso Sexual de Crianças**”, delito disciplinado no art. 171º, nºs. 1 e 2, do Código Penal Português, cujo bem jurídico tutelado é a autodeterminação sexual da criança, e não a liberdade sexual, que o Código Penal português estabelece em capítulo autónomo, distinguindo os crimes que são

⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito penal, parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. 2ª ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN-13: 978-8520331361. p. 123.

praticados contra a vontade da criança, dos crimes que, mesmo havendo anuência da criança, conduzem a uma responsabilização do agente por estar em causa a autodeterminação sexual e o crime de “**Estupro de Vulnerável**”, tipificado no *caput* do art. 217-A do Diploma Penal Brasileiro, que tem como bem jurídico tutelado a dignidade sexual da criança vulnerável.

CAPÍTULO 2

2. DO CRIME DE ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS EM PORTUGAL

Em Portugal, o crime de abuso sexual de menores encontra-se previsto no Capítulo V, Secção II, arts. 171º e 172º, do Código Penal Português e são considerados crimes contra a autodeterminação sexual, tipificando condutas que, embora livres de violência e de ameaça grave, são capazes de causar sérios danos ao desenvolvimento da personalidade do menor, tendo em vista sua ainda incapacidade para formar livremente a sua vontade, sobretudo nas questões relacionadas ao sexo.⁵⁵

Assim, o conteúdo do disposto nos arts. 171º e 172º, do diploma penal lusitano, apresentam um conceito formal/legal de crime, indicando quais condutas são consideradas ilícitas do ponto de vista legal, preenchendo o tipo penal do crime de abuso sexual de menores.

No que tange ao que disciplina o art. 171º, tem-se o conteúdo que tipifica condutas distintas penalmente e puníveis relativamente a atividades sexuais praticadas “contra”; “em” ou “com” menores de quatorze anos de idade, estabelecendo molduras penais diferentes, conforme o ato sexual de relevo praticado seja “simples” ou “qualificado” identificando o crime de “abuso sexual de crianças”.

Já em relação do disposto no art. 172º, tem-se o crime de “abuso sexual de menores dependentes” no qual se pune a conduta de abuso praticada contra vítima menor com idade entre os 14 e os 18 anos que foi confiada ao agente para educação ou assistência.

O normativo supracitado prevê cinco condutas distintas que preenchem a moldura criminal do delito de “abuso sexual de crianças”. São elas: praticar o agente ato sexual de relevo “com” ou “em” menor de 14 anos ou levar o menor a praticá-lo com outra pessoa (art. 171º, nº 1); importunar menor de 14 anos, praticando acto previsto no artigo 170º (art. 171º, nº 3, alínea a); actuar sobre menor por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos (art. 171º, nº 3, alínea b) e aliciar menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou atividades sexuais (art. 171º, nº 3, alínea c), cabendo ainda um aumento de pena no caso de o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal

⁵⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da - Crimes sexuais contra crianças e jovens. In: **Cuidar da Justiça de crianças e jovens - a função dos juízes sociais**. Actas do Encontro, 189-227. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 203.

de partes do corpo ou objectos (art. 171º, nº 2), ou quando ocorrer à prática dos actos descritos no art. 171º, nº 3, “alíneas a), b) ou c”) com intenção lucrativa (art. 171º, nº 4).

Dessa forma, objetivou o legislador no art. 171º, nº 1 e 2, do Código Criminal, punir a prática de atos sexuais que sejam prejudiciais ao desenvolvimento sexual normal do menor de quatorze anos, atribuindo maior gravidade aos chamados atos sexuais de relevo consistentes em práticas como cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

Lado outro, em relação ao constante no art. 171º, nº 3, alínea a), punem-se as condutas que indicam actos de importunação sexual de menor de 14 anos, executando actos previstos no art. 170º, quais sejam, “praticar perante ela [a criança] atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual”. Assim, basta que tais atos descritos no art. 170º ocorram na presença do menor de 14 anos para que juridicamente fique tipificada a conduta do art. 171º, nº 3, alínea a).

Já em relação ao disposto na alínea b), do art. 171º, nº 3, tem-se os casos nos quais se busca satisfazer, por meio de métodos sexuais como conversa, escrito, espetáculo ou objetos pornográficos, interesses ou impulsos de relevo sexual do autor criminoso, não necessitando, nestes casos, que haja contato físico, sendo suficiente que haja participação do menor. Por fim, no que diz respeito ao conteúdo do art. 171º, nº 3, alínea c), encontra-se o crime de abuso sexual de crianças através do ato de aliciar o menor de 14 anos a assistir abusos sexuais ou atividades consideradas sexuais.

Interessa destacar também que, em relação ao crime do art. 171, nº 3, alínea a) que pune a importunação de menor de 14 anos, através de actos previstos no artigo 170º, a idade da vítima é elemento essencial na determinação da prática de tal crime (art. 171º, nº 3, alínea a), ao contrário do crime do art. 170º, uma vez que esse crime é geral quanto à vítima, não exigindo quaisquer qualidades, nomeadamente a idade.

No que diz respeito ao que consta no art. 171º, nº 4, o legislador objetivou punir a prática de atos descritos no art. 171º, nº 3, “alíneas a), b) e c)”, com intenção de lucro e/ou enriquecimento⁵⁶, ao passo que o disposto no art. 171º, nº 5, dispõe que, em relação ao crime de abuso sexual de crianças, pune-se a tentativa. Assim, o normativo do art. 171º apresenta

⁵⁶ De acordo com Manuel dos Reis, esta agravação da pena disposta no nº 4, do artigo 171º tem por objetivo “punir de forma mais severa aquele que não só perturba o menor no seu crescimento sexual como, para, além disso, o faz por ganância aquele que ao cabo e ao resto, troca o pudor e o direito à autodeterminação sexual de uma criança por uma mão cheia de moedas”. (ALVES, Sénio Manuel dos Reis - **Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal**. Coimbra: Edições Almedina, 1995, p. 80 e 81).

distintas condutas que, quando praticadas, preenchem a moldura criminal do delito de “abuso sexual de crianças em Portugal”.

Nessa linha de raciocínio, cumpre destacar que, no atual sistema do Código Penal lusitano, os crimes sexuais aparecem divididos em duas Secções: na primeira Secção estão os crimes contra a liberdade sexual (artigos 163º a 170º) e na segunda Secção encontram-se os crimes contra a autodeterminação sexual (práticas sexuais com menores: artigos 171º a 176º).

Na **Secção I**, protege-se a liberdade de todas as pessoas, sem exceção de idade. Já na **Secção II**, a proteção é voltada para as vítimas menores de idade, para “aqueles casos que ou não seriam crime se praticados entre adultos ou o seriam, mas com outros limites, (seriam, por ex., menos graves); a vítima ou é uma **criança** (menor de 14 anos) ou em todo o caso um menor (vítima ‘menor’ de 16 anos ou vítima ‘menor’ de 14 anos), para efeitos da agravação do artigo 176º; menor entre 14 e 16 anos (artigo 173º); menor entre 14 e 18 anos (artigos 172º e 174º); ou simplesmente ‘menor’, como acontece no lenocínio de menores (artigo 175º)”⁵⁷.

Dessa forma, percebe-se que na Secção II, acautela-se o bem jurídico autodeterminação sexual relacionado com o livre desenvolvimento da personalidade do menor no plano sexual. Ou seja, presume-se que a prática de atos sexuais *em* menor, *com* menor ou *por* menor de certa idade, prejudica o seu desenvolvimento global, devendo receber reprimenda penal o exercício de tais condutas, na medida em que atenta contra a dignidade do menor.

2.1. Do Conceito de Abuso Sexual de Crianças em Portugal

Em narrativa pretérita apresentou-se os atos que tipificam o crime de abuso sexual de crianças, conforme disposto no art. 171º, do Código Penal Lusitano. Todavia, para os objetivos da presente investigação científica, importa analisar o conceito de abuso sexual infantil com base no que dispõe o art. 171º, nº 1 e 2.

Nesse sentido, segundo a definição lusitana de abuso sexual de crianças, trata-se de práticas sexuais “*com; em* ou *por*” menores de 14 anos, levadas a efeito sem violência, coação ou fraude, cuja conduta é capitulada como crime sexual punido de forma severa. Até porque, esclarece Conceição Ferreira da Cunha “esta tutela é mais abrangente em relação às crianças

⁵⁷ GARCIA, M. Míguez - **O direito penal passo a passo** – Vol. I – Elementos da parte especial com os crimes contra as pessoas e os crimes contra a identidade cultural e a integridade pessoal. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5816-0. p. 298.

(e adolescentes) até os 14 anos de idade, atentas a sua especial vulnerabilidade e a sua incapacidade para formar uma vontade livre e esclarecida no âmbito da sexualidade”.⁵⁸

Também se verifica que, o *quantum* das penas reflete-se na gravidade do ato. Assim, por exemplo, se o abuso é acompanhado de ato sexual de relevo “simples” [art. 171º, nº 1], a pena é a de prisão de 1 a 8 anos, mas se o ato sexual de relevo for “qualificado” [art. 171º, nº 2: cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos], a moldura penal passa a ser a de prisão de 3 a 10 anos.

Dessa forma, o conceito de abuso sexual infantil implica em condutas realizadas sem o exercício de violência, força ou tirania por parte do sujeito ativo, mas que, diante da idade da vítima (menor de 14 anos) causam danos à livre evolução de sua personalidade, em particular na esfera sexual.

Lado outro, a doutrina de Celestino Quemba apresenta um conceito de abuso sexual destacando a dignidade humana da criança. Sustenta o autor que “(...) abuso sexual de criança consiste na prática de qualquer acto ou mero contacto de natureza sexual por um adulto, violadora da dignidade humana do menor, com a única finalidade de satisfazer prazeres sexuais”.⁵⁹

Já Teresa Magalhães, ao definir o abuso sexual chama a atenção para a incapacidade emocional e para o desenvolvimento incompleto da criança para compreender a natureza do ato sexual abusador. Aduz a autora que, “trata-se de práticas que o menor, dado ao seu estágio de desenvolvimento, não consegue compreender e para as quais não está preparado, às quais é incapaz de dar o seu consentimento informado e que violam a lei, os tabus sociais e normas familiares”.⁶⁰

Nesse contexto, pode-se afirmar que, o conceito de abuso sexual infantil implica em estímulos sexuais inadequados, abusando do poder de sedução diante de uma criança, que não possui capacidade emocional ou cognitiva para compreender o conteúdo do ato violador de que está sendo vítima.

⁵⁸ CUNHA, Conceição Ferreira da - **Os crimes contra as pessoas: Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina**. Porto: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978-989-8835-22-2. p.147.

⁵⁹ QUEMBA, Celestino Gambula - **Crime Continuado: a problemática dos crimes sexuais**. Lisboa; Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 9789725404522. p. 106-107.

⁶⁰ MAGALHÃES, Teresa - **Maus tratos em crianças e jovens: Guia prático para profissionais**. Coimbra: Quarteto Editora, 2002, p. 34 e 35.

Ademais, cumpre registrar que, além do disposto no art. 171º, do Código Penal que capitula as condutas típicas definidoras do crime de abuso sexual infantil, também se constata a tipificação de tal delito sexual em outros diplomas legais lusitanos e da União Européia.

Nesse sentido, pode-se citar o disposto no art. 18º da “Convenção de Lanzarote”, de 25 de outubro de 2007, que assim orienta:

Artigo 18.º - **Abusos sexuais** 1. Cada Parte toma as medidas legislativas ou outras necessárias para qualificar como infracção penal os seguintes comportamentos dolosos:

a) **A prática de acto sexual com uma criança** que, nos termos das disposições legais nacionais relevantes, não tenha ainda atingido a idade legal prevista para o efeito;

b) **A prática de acto sexual com uma criança: - por meio de coação, violência ou ameaça; ou - abusando de reconhecida posição de confiança, autoridade ou influência sobre a criança, incluindo o ambiente familiar; - abusando de uma situação de particular vulnerabilidade da criança, nomeadamente devido a incapacidade mental ou física ou a uma situação de dependência.**

2. Para efeitos do n.º 1 do presente artigo, cada uma das Partes determina a idade abaixo da qual não é permitido praticar actos sexuais com uma criança.

3. O disposto na alínea a) do n.º 1 não deve ser aplicado aos actos sexuais consentidos entre menores. - (Grifei).⁶¹

Observe-se que o referido artigo 18º da Convenção de Lanzarote traz a orientação acerca de que cabe a cada país signatário da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos (Convenção de Lanzarote), definir, nos termos de suas disposições legais nacionais, qual a idade para a “criança” como vítima de tal crime.

O artigo também, em sua alínea “b)” reconhece como ato abusivo do ponto de vista sexual com uma criança, aqueles praticados por meio de coação, violência ou ameaça; ou ainda, quando praticado em razão da posição de confiança, autoridade ou influência do adulto sobre a criança. O conteúdo legal da norma destaca que tais práticas serão consideradas criminosas também no ambiente familiar.

Cumpre ressaltar que o disposto na Convenção de Lanzarote acerca do crime de abuso sexual infantil não apresenta a identificação das condutas praticadas que serão consideradas criminosas. O conteúdo legal da norma visa destacar as condições em que determinadas práticas, quando realizadas com crianças, implicam em violação sexual abusiva, na medida em que tais interações sexuais colocam a criança como objeto de prazer de outra pessoa.

⁶¹ Art. 18º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de outubro de 2007, assinada em Lanzarote, na Espanha, denominada **Convenção de Lanzarote**.

No plano europeu, destaca-se a Diretiva 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 13/12/2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que defende que tais práticas constituem graves violações aos direitos fundamentais das crianças.

No artigo 3º da referida Diretiva encontram-se as condutas definidas como crimes de abuso sexual infantil, destacando-se a prática de induzir para fins sexuais, uma criança que não tenha atingido a maioridade sexual a assistir a actos sexuais, a assistir a actos de abuso sexual ou a praticar actos sexuais com uma criança.

Ressalte-se que, a Diretiva Europeia chama a atenção para o fato de que, haverá crime de abuso sexual quando a conduta criminosa for praticada sem que a criança tenha atingido a maioridade sexual. No seu artigo 2º, alínea b), entende-se por «maioridade sexual», a idade abaixo da qual é proibida, segundo a legislação nacional, a prática de actos sexuais com crianças. Nesse ponto, cabe uma crítica a tal postulado, na medida em que se entende que uma directiva deva visar harmonizar a legislação dos vários países que fazem parte da União Europeia, logo, não deveria tal instrumento jurídico deixar ao critério dos Estados membros a determinação da idade do menor para fins da prática do crime de abuso sexual.

Em que pese a crítica aqui realizada, cumpre observar que, seguindo a linha de raciocínio da Diretiva 2011/93/EU, para a legislação portuguesa, os menores de 14 anos ainda não atingiram a “maioridade sexual”, razão pela qual os atos de cariz sexuais praticados “com”, “em” ou “contra” crianças abaixo dos 14 anos é considerado crime de abuso sexual infantil.

2.2. Tipologias do Comportamento Criminal no Art. 171º

Tratando-se de um trabalho de pesquisa acerca do crime de abuso sexual de crianças, mostra-se de suma importância dissertar sobre a figura do abusador sexual, retratando a distinção deste em relação ao chamado ‘pedófilo’, sendo certo que, o sujeito activo (autor) do delito em análise, pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, os familiares e mesmo os pais da vítima. Nesse contexto, parece ser o mais indicado o uso do termo “agressor sexual”, nele englobando a figura do pedófilo e também do abusador.

Não raramente, ocorre o uso equivocado, sobretudo pelos meios de comunicação, da associação das palavras “pedofilia” e “pedófilo” às infrações penais contra crianças ligadas às questões de sexo e de outros abusos sexuais, apregoando a existência do chamado “crime de pedofilia”. Objetivando esclarecer o que de fato é a “pedofilia” e seus desdobramentos, o

presente trabalho baseou-se nas ponderações traçadas por dois documentos consagrados na literatura e prática médica mundial, a saber: a Classificação Internacional de Doenças (**CID-10**) e o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (**DSM-5**). Nesse sentido, faz-se necessário esclarecer que, em relação à CID-10, o número 10 indica a versão, ou seja, já foram realizadas 10 atualizações e revisões desse código e é o critério adotado no Brasil pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Trata-se de um documento que abrange todas as doenças, incluindo os transtornos mentais, e foi elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Já o DSM-5 é uma sigla inglesa, ‘Diagnostic and Statistical Manual’, que significa Manual Diagnóstico e Estatístico e o número 5 da sigla é usado para indicar que já foram feitas cinco revisões. O **DSM-5** é um documento que abrange apenas os **transtornos mentais** e tem sido mais utilizado em ambientes de pesquisa, porque possui itens mais detalhados, em forma de tópicos, tendo sido elaborado pela Associação Americana de Psiquiatria e é o critério adotado em Portugal para classificar os problemas de saúde mental identificados.

Esses dois critérios diagnósticos, tanto a CID-10 quanto o DSM-5 servem para ajudar o profissional da área médica a classificar os problemas de saúde identificados. Sendo certo que, os grupos encarregados da revisão dos sistemas do DSM e da CID compartilharam o objetivo mais amplo de harmonizar as duas classificações o máximo possível, visando facilitar a coleta e o uso de estatísticas nacionais de saúde, o delineamento de ensaios clínicos destinados ao desenvolvimento de novos tratamentos e as considerações de aplicabilidade global dos resultados por agências de regulação internacional.⁶²

Apesar do constante uso equivocado da associação das palavras “pedofilia” e “pedófilo” às infrações penais contra crianças ligadas às questões de sexo e de outros abusos sexuais, em verdade, a pedofilia é um “transtorno mental”⁶³ tipificado na CID

⁶² Para maiores explicações, consultar o **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. [Em linha]. American Psychiatric Association. tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento; et al. Revisão Técnica: Aristides Volpato Cordioli; et al. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 11-14. [Consult. 05 Agost. 2019]. Disponível em <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>.

⁶³ Segundo o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), “transtorno mental é uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no comportamento de um indivíduo que reflete uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental.” (**Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. [Em linha]. American Psychiatric Association. tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento; et al. Revisão Técnica: Aristides Volpato Cordioli; et al. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 20. [Consult. 05 Ago. 2019]. Disponível em <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>).

(Classificação Internacional de Doenças), ao passo que o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), a tipifica como “transtorno pedofílico” definindo-o como uma parafilia na qual os adultos ou adolescentes com 16 anos de idade ou mais velhos têm fantasias sexualmente excitantes, impulsos sexuais ou comportamentos intensos e recorrentes envolvendo atividade sexual com criança ou crianças pré-púberes (em geral, 13 anos ou menos).

Portanto, não se trata de um termo ontologicamente jurídico, mas sim, de origem médica e para o direito tal comportamento terá relevância penal quando o indivíduo colocar em prática esses impulsos sexuais, violando, assim, as disposições legais penais que tipificam como crime a prática de ato sexual “contra”; “em” ou “com” crianças menores de 14 anos.

Etimologicamente, a palavra “pedofilia” deriva do grego antigo “*paidophilos*” sendo *pais* = criança e *phileo* = amar, designando o amor de um adulto pelas crianças. Portanto, originalmente, o termo pedofilia possuía outra conotação, diferente dos dias atuais, onde a mesma passou a ser designada para caracterizar comportamentos humanos inadequados no convívio social.

Segundo a CID⁶⁴, a pedofilia é integrante do gênero parafilia (*para* = desvio; *filia* = aquilo para que a pessoa é atraída). Assim, trata-se de um transtorno mental de preferência sexual também caracterizado pela medicina legal como uma perversão sexual.

De acordo com o DSM-5, o termo *parafilia* “representa qualquer interesse sexual intenso e persistente que não aquele voltado para a estimulação genital ou para carícias preliminares com parceiros humanos que consentem e apresentam fenótipo normal e maturidade física”.⁶⁵ Ou seja, significa dizer que parafilia traduz um comportamento sexual não usual, àquele esperado pela sociedade no sentido de o indivíduo realizar estimulações sexuais com parceiros humanos, adultos, conscientes e capazes de consentir com o ato sexual realizado.

⁶⁴ Para maiores detalhes, consultar **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas** – Coord. Organização Mundial da Saúde. Tradução: Dorgival Caetano. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. ISBN 978-85-7307-724-7.

⁶⁵ **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. [Em linha]. American Psychiatric Association. tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento; et al. Revisão Técnica: Aristides Volpato Cordioli; et al. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 685. [Consult. 05 Agost. 2019]. Disponível em <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>.

No grupo das parafilias, também se encontra outros transtornos de predileção sexual, como o voyeurismo⁶⁶, exibicionismo⁶⁷, fetichismo⁶⁸, travestismo fetichista⁶⁹ e sadomasoquismo⁷⁰. Conforme a CID, a parafilia possui como características essenciais fantasias, anseios sexuais ou comportamentos recorrentes, intensos e sexualmente excitantes, em geral envolvendo objetos não humanos; sofrimento ou humilhação, próprios ou do parceiro; crianças ou outras pessoas sem o seu consentimento.

Assim, algumas parafilias envolvem as atividades eróticas do indivíduo, como por exemplo, interesses intensos e persistentes em espancar, chicotear, cortar, amarrar ou estrangular outra pessoa, ou um interesse por essas atividades que seja igual ou maior do que o interesse do indivíduo em copular ou em interagir de forma equivalente com outra pessoa.

Por outro lado, existem outras parafilias que envolvem atividades com seus alvos eróticos, como por exemplo, interesse sexual intenso ou preferencial por crianças, cadáveres ou amputados, bem como interesse intenso ou preferencial por animais, como cavalos ou cães, ou por objetos inanimados, como sapatos ou artigos de borracha.

Nesse diapasão, a pedofilia se mostra como uma perversão sexual que se apresenta como favoritismo erótico por crianças, realizada desde os atos obscenos até a prática de manifestações libidinosas de relevo. A CID define a pedofilia como “uma preferência sexual por crianças, usualmente de idade pré-puberal ou no início da puberdade”, destacando ainda que “entre os pedófilos são encontrados homens que mantêm uma preferência por parceiros sexuais adultos, mas que, por serem cronicamente frustrados em conseguir contatos apropriados, habitualmente voltam-se para crianças como substitutos”.⁷¹

⁶⁶ **Voyeurismo** demonstra uma “tendência recorrente ou persistente a olhar pessoas envolvidas em comportamentos sexuais ou íntimos, tais como despir-se”. (**Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas** – Coord. Organização Mundial da Saúde. Tradução: Dorgival Caetano. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, p. 214. ISBN 978-85-7307-724-7).

⁶⁷ **Exibicionismo** traduz uma “tendência recorrente ou persistente em expor a genitália a estranhos (usualmente do sexo oposto) ou a pessoas em lugares públicos, sem convite ou pretensão de contato mais íntimo”. (*Idem - Op. Cit.*, p.214).

⁶⁸ **Fetichismo** implica na “dependência de alguns objetos inanimados (objetos fetiches) como um estímulo para excitação e satisfação sexuais, como, por exemplo, artigos de vestuário e calçados”. (*Idem. Op. Cit.*, p.213).

⁶⁹ **Travestismo fetichista** diz “respeito ao uso de roupas do sexo oposto principalmente para obter excitação sexual”. (*Idem -- Ibidem*).

⁷⁰ **Sadomasoquismo** implica em “preferência por atividade sexual que envolve servidão ou a infligção de dor ou humilhação. SE o indivíduo prefere ser o objeto de tal estimulação, isso é chamado masoquismo; se é o executor, sadismo”. (*Idem - Op. Cit.*, p.215).

⁷¹ **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas** – Coord. Organização Mundial da Saúde. Tradução: Dorgival Caetano. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. ISBN 978-85-7307-724-7. p. 214-215.

Também de acordo com a Classificação Internacional e Doenças (CID), é possível identificar comportamento indicativo de pedofilia nas ações de homens que molestam sexualmente seus próprios filhos pré-púberes e, ainda que ocasionalmente, seduzam outras crianças também.

Desse modo, constata-se que a pedofilia é um distúrbio parafilico, ou seja, um comportamento sexual que não segue a normalidade, a exemplo da necrofilia que implica no desejo sexual mórbido por cadáveres ou a zoofilia que é a tendência a praticar atividade sexual com animais. No caso da parafilia voltada para a pedofilia, o indivíduo pedófilo tem interesse sexual intenso, persistente e preferencial por crianças.

Outra característica apontada pela CID em relação ao pedófilo diz respeito ao seu desenvolvimento psicossocial insatisfatório, razão pela qual possui uma sexualidade imatura e pouca elaborada, o que o leva a temer a aproximação com parceiros adultos. Diante de sua inibição sexual, escolhe as crianças e adolescentes como objeto de desejo sexual.

Já o abusador sexual é aquele que comete o crime de abuso sexual de crianças, podendo não existir qualquer transtorno de personalidade ou de predileção sexual. Muitas vezes trata-se de pais, padrastos, tios, ou qualquer outro membro da família, se aproveitando, inclusive da existência dessa relação familiar para praticar o crime sexual.

Assim, o agressor sexual pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, vizinhos, professores, religiosos, qualquer agente que se aproveite da sua proximidade social, vantagem etária ou econômica em relação à criança para abusar sexualmente dela.

Distante de qualquer estereótipo, o abusador sexual não possui características físicas que indiquem ser ele um criminoso sexual. Geralmente são sujeitos que não apresentam comportamento condenável, seja em suas relações sociais ou no campo legal, podendo pertencer a qualquer classe social, além de, na maioria dos casos, ser pessoa próxima da criança vítima e contar com a confiança dela.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que, o crime de abuso sexual de crianças pode ocorrer num contexto intrafamiliar, aquele praticado no âmbito da família, com pessoas próximas e com laços afetivos ou de parentesco, como pai, padrasto, tios, irmãos, ou no círculo de amizades, nas escolas, abrigos, igrejas, nos espaços ou ambientes conhecidos como de proteção da criança, ou ainda, num ambiente extrafamiliar, no qual as crianças são vitimadas por adultos sem laços familiares e desconhecidas da vítima.

Estatísticas⁷² referentes aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual em Portugal, constantes no Relatório Anual de Segurança Interna (**RASI**), no **ano de 2017**, destacam que o maior número de detenções teve por base o crime de abuso sexual de crianças, sendo o criminoso, em sua maioria, do sexo masculino (98), em contraponto à detenção de 03 criminosas do sexo feminino.

Registra também o RASI 2017 que, permanece inalterada a incidência de argüidos (autor do delito) do sexo masculino e de vítimas do sexo feminino, sendo que, relativamente aos argüidos observa-se a predominância na faixa etária de 31-40 anos e índices bastante representativos nos escalões etários de 21-30 aos e 41-60 anos. Já no que concerne às vítimas, observa-se a predominância do escalão etário de 8-13 anos.

No que tange ao tipo de relacionamento autor/vítima, a informação do RASI 2017 é no sentido de que, à semelhança do ano anterior, prevalece o quadro das relações familiares enquanto espaço social de relacionamento entre autor e vítima, perfazendo o percentual de 44,5% dos casos de detenção.

Seguindo essa mesma tendência, as estatísticas⁷³ referentes aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual em Portugal, constantes no **RASI no ano de 2018**, destaca que o maior número de detenções teve por base o crime de abuso sexual de crianças, sendo o criminoso, em sua maioria, do sexo masculino (113), em contraponto à detenção de 04 criminosas do sexo feminino.

Também no RASI de 2018, permanece inalterada a incidência de argüidos (autor do delito) do sexo masculino e de vítimas do sexo feminino, sendo que, relativamente aos argüidos observa-se a predominância na faixa etária de 41-50 anos e índices bastante representativos nos escalões etários de 21-30; 31-40 aos e 51-60 anos. Já em relação às vítimas, observa-se a predominância do escalão etário de 8-13 anos, mesma faixa etária identificada pelo RASI de 2017.

No que tange ao tipo de relacionamento autor/vítima, a informação do RASI 2018 é no sentido de que, à semelhança do ano anterior, prevalece o quadro das relações familiares

⁷² RASI (Relatório Anual da Segurança Interna), do ano de 2017. p. 28 - 29. [em linha]. Portugal. [Consult. 19. Abril. 2019]. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=9f0d7743-7d45-40f3-8cf2-e448600f3af6>

⁷³ RASI (Relatório Anual da Segurança Interna), do ano de 2018. p. 44-45. [em linha]. Portugal. [Consult. 19. Abril. 2019]. Disponível em: <file:///C:/Users/PC-04/Documents/RASI%202018%20ESTAT%C3%8DSTICA%20PORTUGAL%20CRIMES%20SEXUAIS%20INFANTIS.pdf>

enquanto espaço social de relacionamento entre autor e vítima, perfazendo o percentual de 46,8% dos casos de detenção, índice superior ao apontado no RASI de 2017.

Desse modo, constata-se que, pelas estatísticas lusitanas apresentadas, o crime de abuso sexual infantil, em sua maioria, tem como autor indivíduos do sexo masculino, ainda que também se identifique, em número muito menor, agressor do sexo feminino. Ao passo que a vítima de tal delito é predominantemente do sexo feminino na faixa etária dos 8-13 anos.

Outra constatação, que vai ao encontro da compreensão da literatura, diz respeito à predominância dos abusos sexuais no ambiente familiar, demonstrando que, de fato, o abuso sexual intrafamiliar é mais recorrente. Esse dado certamente causa perplexidade tendo em vista que o núcleo familiar deveria ser o lugar de referência para a segurança e proteção das crianças e dos adolescentes.

Em última análise, cumpre destacar que, nem todo pedófilo é abusador de criança e nem todo abusador é, necessariamente, um pedófilo, fazendo-se clara a idéia de que, o abusador de crianças pode ser definido por seus atos. Ao passo que o pedófilo pode ser definido por seus desejos. De todo modo, a reprimenda penal irá alcançar o agressor sexual que incidir no tipo penal proibido, abusando sexualmente de crianças.

Ainda que se possa aventar a possibilidade de enquadramento da pedofilia, enquanto compulsão sexual e o pedófilo como um “doente mental”, não existe tipificação legal na legislação portuguesa e nem brasileira apontando para a semi-imputabilidade ou inimputabilidade em razão dessa anomalia psíquica.

No que tange à aplicação da pena, a lei penal portuguesa e brasileira não distingue o pedófilo do abusador sexual, ainda que existam pesquisas sugerindo que a pedofilia pode estar correlacionada com várias anormalidades neurológicas diferentes e, muitas vezes, coexiste com outros transtornos de personalidade e patologias já existentes, destacando que, nos contextos forenses de aplicação da legislação deveriam existir diferentes tipologias para categorizar os pedófilos, de acordo com seus comportamentos e motivações.

Nesse sentido, o próprio DSM-5 alerta para o fato de que, tal manual, por ser um compêndio baseado em uma revisão da literatura clínica e de pesquisa pertinente, seu conteúdo pode facilitar o entendimento das características relevantes dos transtornos mentais pelas autoridades judiciais. Todavia, na maioria das situações, a presença de um diagnóstico clínico de transtorno mental do Manual (DSM-5), como, por exemplo, o transtorno pedofílico, não implica que o indivíduo com a condição satisfaça critérios legais para a presença de um

transtorno mental ou um parâmetro jurídico específico para ser enquadrado como penalmente imputável ou inimputável.

Obviamente que, no caso concreto, caberá à parte interessada fazer prova de sua condição mental no sentido de ser incapaz de compreender o caráter ilícito do ato sexual praticado contra vítima menor de 14 anos. Até porque, adverte o próprio MDS-5 “o fato de ter o diagnóstico, por si só, não indica que a pessoa necessariamente é (ou foi) incapaz de controlar seu comportamento em determinado momento”.⁷⁴

2.3. Evolução Histórica do Art. 171º do Código Penal Portugal

No que tange à criminalização da prática de abuso sexual de crianças no Código Penal Português, tal crime veio tipificado pela primeira vez no Código de 1995, muito embora no Código Penal de 1982, introduzido pelo Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro já pudesse ser visto um esboço da responsabilização de crimes sexuais, a exemplo do disposto no artigo 205º que tratava do crime de atentado ao pudor, com violência, independente dos meios empregados contra menor de 14 anos.

Ocorre que o referido diploma criminal português de 1982 já nascera ultrapassado, tendo em vista que a criminalidade sexual ali tipificada visava à proteção dos crimes contra os costumes, pregando a defesa de sentimentos coletivos da moral sexual dominante. Considerando assim, tais crimes atentatórios dos “fundamentos ético-sociais da vida social”, ligados aos sentimentos gerais de moralidade sexual.

Com a reforma criminal ocorrida em 1995, aprovada pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, pode-se dizer que “a tutela da moralidade sexual deu lugar à tutela da liberdade sexual”⁷⁵, alterando profundamente o conjunto de crimes sexuais tipificados no diploma penal português. Parafraseando as palavras de Maria João Antunes, os crimes sexuais deixaram de estar inseridos nos crimes contra a “honestidade”, passando a integrar o rol dos crimes contra as pessoas, tutelando sua liberdade e autodeterminação sexual, “autonomizando-se a criança,

⁷⁴ **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5.**[Em linha]. American Psychiatric Association. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento; et al. Revisão Técnica: Aristides Volpato Cordioli; et al. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 69. [Consult. 05 Agost. 2019]. Disponível em <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostic-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>.

⁷⁵ Nas palavras de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, p. 347: “liberdade sexual, quer na sua vertente positiva – liberdade para as pessoas se relacionarem sexualmente de acordo com a sua vontade livre – quer negativa – liberdade para recusar relacionamentos sexuais”. (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da - Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. [em linha]. **Revista Jurídica Luso-Brasileira** - RJLB, Ano 3 (2017), nº 3, p. 345-376. [Consult. 22. Jan. 2019]. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/25239/1/Crimes%20sexuais%20contra%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes.pdf>

o menor, enquanto vítima destes crimes, abrindo-se o direito penal do bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual a opções político-criminais neocriminalizadoras em áreas como, por exemplo, a da pornografia infantil”..⁷⁶

Nesse diapasão, pode-se afirmar, em resumo, que, com a reforma de 1995, passou-se a considerar a liberdade sexual do indivíduo na esfera sexual, seja ele adulto ou não, como o bem jurídico a salvaguardar, abandonando-se a tutela de sentimentos coletivos da moral sexual dominante. Nesse sentido, segundo lição de Miguez Garcia, ocorreu a eliminação de referência “ao atentado ao pudor, ato contrário ao pudor ou ato que viola em grau elevado os sentimentos gerais de moralidade sexual, que figuravam nos artigos 205º, 206º, 207º, 209º, 213º e 217º da redação original do Código Penal de 1982”⁷⁷. No lugar dessas expressões surgiram outras como, *ato sexual de relevo; cópula; coito anal; coito oral; introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos*.

Outra importante revisão do Código Penal Lusitano ocorreu em 2007, tendo o legislador inserido no diploma criminal os artigos 171º até 177º, dispondo sobre os crimes que tutelam a autodeterminação sexual de crianças e adolescentes, muito embora alguns dos crimes já existissem na redacção anterior a 2007, como por exemplo, o art. 172.º - abuso sexual de crianças (actual 171.º); art. 173.º, abuso sexual de menores dependentes (actual 172.º); art. 174.º actos sexuais com adolescentes (actual 173.º); art. 176.º lenocínio e tráfico de menores (desdobrado – actual art. 175.º - lenocínio, actual 160.º, n.º2), apesar de que, na atual moldura do código penal lusitano, os tipos penais não sejam absolutamente coincidentes.

Especificamente em relação ao art. 171º, a revisão de 2007 promoveu também a ampliação das incriminações relativas aos atos de importunação sexual a que se refere o art. 170º e que agora estão previstos no art. 171º, nº 3, alínea a).

Também nessa mesma reforma, acrescentou-se ao nº 2, do art. 171º (art. 172º na redacção anterior), as expressões “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos” conferindo-lhes gravidade semelhante aos actos sexuais de relevo da cópula, coito anal e coito oral. Passou-se a punir também a exibição de fotos, filmes e até mesmo gravações pornográficas em que se utilizem menores de catorze anos, alargando, assim, a tipificação do

⁷⁶ ANTUNES, Maria João - Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores. [em linha]. Lisboa: **Revista JULGAR**. N.º 12 - especial (2010). p. 153-161. [Consult. 06. Jan. 2019]. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf>.

⁷⁷ GARCIA, M. Miguez - **O direito penal passo a passo** – Vol. I – Elementos da parte especial com os crimes contra as pessoas e os crimes contra a identidade cultural e a integridade pessoal. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5816-0. p. 296.

crime de abuso sexual de crianças disposto no art. 171º do Código Penal Português. Por outro lado, desapareceu a incriminação como abuso da actuação através de conversa obscena.

Desse modo, no atual sistema do Código Penal lusitano, os crimes sexuais aparecem divididos em duas Secções: Na primeira Secção estão os crimes contra a liberdade sexual (artigos 163º a 170º) e na segunda Secção encontram-se os crimes contra a autodeterminação sexual (práticas sexuais com menores: artigos 171º a 176º), acautelando-se o bem jurídico autodeterminação sexual relacionado com o livre desenvolvimento da personalidade do menor no plano sexual, bem como, sua dignidade pessoal.

Assim, após todas as reformas criminais realizadas pelo direito penal português, nota-se que, em relação ao artigo 171º do código, seu conteúdo legal destaca os atos sexuais que, quando realizados “*com; em ou por*” crianças, implicam em uma actuação sexual abusiva, na medida em que a criança é utilizada como objeto para a satisfação da lasciva de outra pessoa.

2.4 Da Natureza do Crime

No sistema criminal português, os crimes podem ser de natureza particular, semi-pública ou pública. Os **delitos de natureza particular**, de acordo com o art. 50º do Código de Processo Penal, são aqueles cujo procedimento criminal depende de queixa pelo respectivo titular, isto é, pelas pessoas estabelecidas nos artigos 113.º a 117º do Código Penal, bem como a constituição de assistente nos termos do artigo 68.º a 70.º do Código de Processo Penal para que o Ministério Público adquira legitimidade para atuar, cabendo a este particular a acusação no termo do inquérito. Já os **delitos de natureza semi-pública**, conforme dispõe o art. 49º do Código de Processo Penal, são aqueles em que o Ministério Público aguarda a apresentação de queixa por parte do titular do direito, a qual deve ser apresentada em observância dos artigos do Código Penal, acima referidos.

Tratando-se de infrações penais de natureza pública, o Ministério Público encontra-se legitimado e é obrigado a promover a acção penal logo que receba a notícia do crime, seja por conhecimento próprio ou através dos órgãos de polícia criminal, segundo dispõe o art. 48º e 241.º, ambos do Código de Processo Penal.

Em relação ao crime de abuso sexual de crianças, capitulado no art. 171º, do Código Penal, trata-se de **delito de natureza pública**. Isso porque, diante da regra no ordenamento jurídico português, sabe-se que, se a lei nada disser quanto à natureza do crime, o delito será de natureza pública. Se a lei disser que o procedimento criminal depende de queixa, tratar-se-á de crime semi-público, como por exemplo, no crime de ofensa à integridade física simples,

art. 143º. Por outro lado, se disser que depende de acusação particular, será crime particular, como por exemplo, no crime de difamação capitulado no art. 180º c/c art. 188º.

Assim, como em relação ao delito do art. 171º, a lei foi omissa em relação à sua natureza e, nos termos do art. 178º nº 1, ocorreu à exclusão da natureza pública de alguns crimes (art. 163.º a 165.º, 167.º, 168.º e 170.º), que têm natureza semi-pública, estando o art. 171º fora dessa lista, o delito nele tipificado trata-se de crime de natureza Pública.

Nesse sentido, cumpre registrar que, com a reforma criminal de 2007, objetivando dar cumprimento a obrigações internacionais que vinculam Portugal, nomeadamente a Decisão-Quadro 2004/68/JAI⁷⁸, do Conselho da Europa, publicada em 20 de janeiro de 2004, entretanto substituída pela Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, o crime de abuso sexual de crianças passou a ter natureza pública.

Ademais, ao final dos procedimentos investigativos, cabe ao Ministério Público verificar a ocorrência ou não da prática do delito e, conforme o caso, proceder à acusação ou efetuar o arquivamento do processo, conforme orientações do art. 276º, nº 1, do Código de Processo Penal. Registre-se ainda que, nos termos do art. 118º, nº5, do Código Penal, nos delitos contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, o procedimento criminal apenas se extingue, por efeito da prescrição, antes do ofendido completar 23 anos de idade e, quando dependam de queixa, o direito à sua apresentação não se extingue no prazo de seis meses após o conhecimento dos factos e do seu agente, como é a regra, mas sim no prazo supracitado contado da data em que o ofendido perfizer 18 anos (art. 115º, nº 2).

2.4.1. Da Classificação do Tipo Penal

Em relação ao tipo penal aqui analisado, trata-se de crime comum (aquele que não exige sujeito activo determinado ou especial). Entende uma parte significativa da doutrina e da jurisprudência de Portugal, que se trata de **crime de perigo abstracto**, ou seja, o perigo é

⁷⁸ Segundo José Mouraz Lopes, “para além da Decisão-Quadro, o legislador levou em conta um conjunto de documentos internacionais que têm vindo a ser discutidos e aprovados em várias organizações internacionais, sendo de salientar, pela sua relevância, o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança, relativos à venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, da Assembléia Geral das Nações Unidas de 25 de Maio de 2000, assinado por Portugal em 6 de Setembro de 2000, e a Recomendação REC (2001) 16 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual, de 31/10/2001”. (LOPES, José Mouraz - **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. p. 121).

presumido, sendo suficiente, para a consumação do crime, a prática da conduta, sem necessidade de verificar se o perigo para o bem jurídico se manifestou tornando-se concreto.

Nesse diapasão, a norma presume que a prática de atos sexuais *com; em* ou *por* menor de 14 anos prejudica o seu desenvolvimento global. Ou, nas palavras de Manuel da Costa Andrade, “até atingir certo grau de desenvolvimento, indicado por determinados limites etários, o menor deve ser preservado de certos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em actividades sexuais”⁷⁹

Assim, o que se constata é que, ao expor a vítima menor de 14 anos a práticas sexuais das quais ela não tem o necessário discernimento, tendo em vista o seu prematuro desenvolvimento em relação às atividades relacionadas ao sexo, essa simples exposição a tal perigo já viola o bem jurídico tutelado, independentemente da ocorrência ou não de um dano concreto. Por essa razão, o ato de acariciar o sexo de um infante de 05 meses de idade, por exemplo, é considerado crime de abuso sexual de criança, tendo em vista que tal prática viola a norma penal incriminadora de tal conduta, violando também o livre desenvolvimento da personalidade do menor no plano sexual, ferindo sua dignidade e atentando contra o seu direito a um crescimento físico e psíquico harmonioso.

Importa destacar que, em regra, os crimes de perigo se dividem em **crimes de perigo concreto** e **crimes de perigo abstracto ou presumido**.

Crime de perigo concreto é aquele que, para a consumação, o tipo exige a verificação de um resultado, que é o perigo. Isto é, o perigo concreto é aquele que necessita de comprovação, ou seja, a situação efetiva de risco ocorrida no caso concreto ao bem juridicamente protegido deverá ser demonstrada na realidade concreta.

Já o **crime de perigo abstracto** é aquele em que para a sua consumação, basta que o agente pratique a conduta típica, porquanto o perigo é presumido *juris et de jure*; nele o perigo não precisa ser provado, pois a própria prática o pressupõe.⁸⁰

Nesse diapasão, observa-se que o crime de perigo manifesta-se na probabilidade de causar dano, razão pela qual defende o criminalista português Germano Marques, “a distinção entre crimes de dano e crimes de perigo assenta na lesão ou no simples perigo de lesão do

⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa - **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 396.

⁸⁰ BITENCOURT, César Roberto - **Manual de Direito Penal: parte geral**. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 146.

bem jurídico protegido. Os primeiros (crimes de dano) causam lesão efectiva, os de perigo simples potencialidade de lesão, realizável ou não, em concreto.”⁸¹

Assim, os crimes de perigo visam punir o agente a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado, antecipando-se o legislador à probabilidade de ofensa ao bem jurídico tutelado de modo concreto. No caso dos crimes contra a sexualidade, cuja vítima é uma criança, a opção do legislador, ao definir a idade de 14 anos, parte da premissa de que, os atos de cariz sexual, praticados abaixo dessa idade, são sempre prejudiciais para o desenvolvimento do menor.

Nesse sentido, encontram-se os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, Processos: 362/09.4GDSNT.L1-9, e 392/10.3JAFUN.L1-5⁸², ambos com a mesma redação, conforme jurisprudência em destaque: “o crime previsto no artigo em análise constitui um crime de perigo abstrato, na medida em que a possibilidade de um perigo concreto para o livre desenvolvimento físico e psíquico do menor ou o dano correspondente, possa ou não vir a verificar-se, sem que a integração pela conduta do tipo objetivo de ilícito fique afastada”⁸³.

2.5. Do Bem Jurídico Protegido: Autodeterminação Sexual da Criança

Pode-se afirmar que a proteção aos bens mais importantes e necessários para a sobrevivência da sociedade é a finalidade do direito penal. Assim, o bem jurídico é o valor socialmente protegido pela norma penal, condicionando e limitando a ação do direito criminal que só deve atuar quando os outros ramos do direito não se mostrarem suficientes para promover a pacificação social.

Na perspectiva de Jorge Figueiredo Dias, o bem jurídico é a “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁸⁴, reforçando a idéia de que a figura do bem jurídico expressa o interesse do Estado

⁸¹ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português: teoria do crime**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 9789725404584. p. 35.

⁸² Acórdão Processo: 392/10.3JAFUN.L1-5, do Tribunal da Relação de Lisboa. [em linha]. Relatora: Filipa Macedo. Data do Acórdão: 16/05/2015. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8874e14105ba71ba80257e7e0039be65?OpenDocument&Highlight=0,abuso,sexual,de,crian%C3%A7a>

⁸³ Trecho retirado do acórdão Processo: 362/09.4GDSNT.L1-9, do Tribunal da Relação de Lisboa. [em linha]. Relator: Filipa Costa Lourenço. Data do Acórdão: 15/05/2014. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0f4fe6170a30c29780257cde003777a0?OpenDocument>

⁸⁴ DIAS, Jorge Figueiredo - **Comentário conimbricense ao Código Penal**: Parte Especial. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 442.

em garantir a integridade de algo valioso socialmente e por isso mesmo, juridicamente tutelado pela norma penal.

No art. 69º, nº 1, do texto constitucional de Portugal⁸⁵, encontra-se a opção do legislador em assegurar às crianças o direito a um desenvolvimento integral, livres do abandono, opressão, preconceito e arbitrariedade de todas as formas.

Destarte, percebe-se no texto constitucional português a intenção do legislador de reconhecer ao infante; direitos que assegurem o seu desenvolvimento integral⁸⁶. Logo, a infância é um valor de ordem constitucional e, portanto, quadro de referência na seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal.

Nesse diapasão, sob a perspectiva da tutela do bem jurídico nos casos de crimes de conteúdo sexual infantil, resguardam-se as particularidades e as fragilidades próprias da infância, visando à proteção da livre formação da personalidade da criança, o seu bem-estar, além do seu regular desenvolvimento psíquico.

Em relação aos delitos cometidos exclusivamente contra menores de 14 anos (dispostos na Secção II -arts. 171 a 176º), protege-se como bem jurídico a autodeterminação sexual, punindo as condutas que se entendem prejudiciais à evolução da maturidade e sexualidade da criança. O objetivo [do tipo penal estabelecido] é “preservar as condições básicas para que no futuro as crianças e jovens possam alcançar um desenvolvimento livre da sua personalidade do ponto de vista sexual”⁸⁷.

Dessa forma, importa para os objetivos do presente trabalho de investigação científica analisar o bem jurídico tutelado no caso do crime de abuso sexual de crianças, tipificado no art. 171º, nº 1 e 2, do Código Penal Lusitano, a saber, a ‘autodeterminação sexual’, conforme orientação jurisprudência que diz “nos crimes de abuso sexual o bem jurídico protegido é a liberdade de autodeterminação sexual, lesada sempre que, à luz dos nº 1 e 2 do art. 171.º do CP, o menor de 14 anos é vítima de acto sexual de relevo, que pode consistir, tipificadamente,

85 Artigo 69º - Infância. 1. “As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vistas ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”. (Art. 69º, nº 1, da **Constituição da República Portuguesa**. 4º Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 32. ISBN 978-972-40-6867-1).

⁸⁶ O que, ainda que não expresso, sempre resultaria do facto de a CDC vigir no direito interno por força do artigo 8.º da Constituição Portuguesa.

⁸⁷ LOPES, José Mouraz - **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. p. 116.

em cópula, coito anal, oral ou introdução vaginal ou anal de partes de corpo ou de objectos”.

88

Assim, a criança exposta ao crime de abuso sexual tem violado o seu direito à autodeterminação sexual que está fundada na perspectiva de que cada indivíduo constrói sua sexualidade na medida em que desenvolve a sua personalidade. Trata-se da possibilidade que cada pessoa possui de viver livremente sua própria sexualidade, fazendo escolhas livres acerca de seus parceiros e praticando atividades sexuais consentidas.

Como a lei penal portuguesa entende que os menores de 14 anos ainda não alcançaram maturidade suficiente para se autodeterminar sexualmente, a prática de atos sexuais com indivíduos nessa faixa etária constitui prática criminosa capitulada como abuso sexual de crianças. Ademais, o bem jurídico protegido por esta norma incriminadora é a liberdade e autenticidade de expressão, ao nível da sexualidade, de pessoas que, abaixo da faixa etária de 14 anos, não são ainda suficientemente maduras para se autodeterminarem a esse nível, protegendo o menor “face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coação, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade.”⁸⁹

Nessa esteira de raciocínio, também se encontra o entendimento jurisprudencial lusitano, como se observa no Acórdão Processo 1287/08.6JDL.SB.L1S1, do Supremo Tribunal de Justiça, cujo conteúdo destaca que, “o princípio que fundamenta a menoridade sexual não é qualquer suposição de que o jovem abaixo da idade definida legalmente não tenha desejo ou prazer sexual, mas, sim, que ele não desenvolveu ainda as competências consideradas relevantes para consentir em uma relação sexual”⁹⁰, reforçando, portanto, a ausência de capacidade do menor de 14 anos para se autodeterminar sexualmente.

Assim, a compreensão defendida pela jurisprudência, apoiada por pesquisas científicas, reconhece a possibilidade de o jovem menor de 14 anos sentir desejos sexuais, todavia, ressalta que, nessa faixa etária, ele ainda não alcançou um processo de socialização

⁸⁸ Trecho do Acórdão Processo 162/11.1JAGR.D.C1, do Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [em linha]. Relator: Manuel Augusto de Matos. Data do Acórdão: 23/06/2016. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1d76926c6e4621f80257fed004a8e90?OpenDocument>).

⁸⁹ DIAS, Jorge Figueiredo - **Comentário conimbricense ao Código Penal**: Parte Especial. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 541.

⁹⁰ Trecho do Acórdão Processo 1287/08.6JDL.SB.L1S1, do Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [em linha]. Relator: Santos Cabral. Data do Acórdão: 12/11/2014. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bcfa2956ccab316880257da500537dd0?OpenDocument>).

capaz de permitir a elaboração de decisões conscientes e esclarecidas em termos de relacionamento sexual.

A título de esclarecimento, cumpre ressaltar que, a idéia de que a criança é sujeito ativo em relação à sua sexualidade, foi trazida por Sigmund Freud em 1905 em sua obra “Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade⁹¹”. Já naquela época, Freud mostrou que, muito precocemente, desde o período de amamentação, o infante estabelece com seu corpo uma relação autoerótica, movida pelas pulsões parciais, identificando como objeto sexual qualquer parte do corpo escolhido para ser estimulado e com isso produzir prazer sexual.

É justamente essa falta de maturidade emocional e seu frágil e insuficiente desenvolvimento psicológico para compreender as consequências danosas de práticas sexuais precoces que assegura à criança uma situação de proteção especial relativamente ao adulto, devendo o Estado e a sociedade assegurar a livre formação da sua personalidade na esfera sexual.

Nessa perspectiva, defende a doutrina e a jurisprudência portuguesas⁹², a necessidade de proteger o menor e sua vontade ainda não totalmente autônoma, de abusos de cunho sexual em detrimento de sua imaturidade, destacando que a intervenção penal no âmbito da sexualidade, no sentido de punir severamente as condutas que agredem a autodeterminação sexual da criança, reflete a importância que o legislador atribuiu aos direitos inerentes aos menores, sobretudo o direito de ter preservado o seu livre desenvolvimento e crescimento emocional nas questões ligadas ao sexo.

Ademais disso, conforme a lição de Míguez Garcia, “acautela-se o direito do menor a um desenvolvimento físico e psíquico harmonioso”.⁹³

2.6. Do Tipo Objetivo do Ilícito

Conforme anteriormente referido, no que diz respeito ao tipo penal lusitano, pretende-se analisar o crime disciplinado no Art. 171º, nº 1 e 2 (Abuso Sexual de Crianças) do Código Penal Português, cujas categorias de atos com significado sexual são assim descritos:

⁹¹ FREUD, Sigmund - Três ensaios sobre a teoria da sexualidade. In: Edição Standard Brasileira das **Obras psicológicas de Edmund Freud**. Vol. VII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

⁹² Sobre o tema, consultar Acórdão Processo 362/09.4GDSNT.L1-9, do Tribunal da Relação de Lisboa – TRL. [em linha]. Relator: Filipa Costa Lourenço. Data do Acórdão: 15/05/2014. [consult. 15. Jan. 2015]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0f4fe6170a30c29780257cde003777a0?OpenDocument>.

⁹³ GARCIA, M. Míguez - **O direito penal passo a passo** – Vol. I – Elementos da parte especial com os crimes contra as pessoas e os crimes contra a identidade cultural e a integridade pessoal. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5816-0. p. 299.

Artigo 171º, nº 1- Quem praticar ato sexual de relevo **com ou em menor de 14 anos**, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Artigo 171º, nº 2- Se o ato sexual de relevo **consistir** em cópula, coito anal ou coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos. Trata-se aqui do chamado ato sexual de relevo qualificado.

Desse modo, tem-se que, o disposto no artigo 171º, nº 1 e 2 prevê dois crimes distintos com condutas diversas, objetivando proteger a sexualidade da criança na sua fase de desenvolvimento. Tutela-se, assim, a evolução adequada da personalidade do menor na esfera sexual, até porque, “quando crianças e jovens são deixados à mercê de atividades sexuais específicas de outras idades, ou nelas se envolvem, o desenvolvimento da sua personalidade fica, potencialmente, sujeitos a riscos, traumas e choques psicológicos impostos por terceiros”.⁹⁴

Cumpra ressaltar que, conforme nº 5 do artigo 171º, pune-se também a tentativa, esta entendida nos termos do at. 22º do diploma penal que assevera que, sua ocorrência se dá quando o agente pratica actos de execução de um crime que decidiu cometer, porém não chega a consumir o delito.

2.6.1 Elemento Subjetivo do Tipo

Corresponde ao dolo, aquele com previsão no artigo 14º do Código Penal Português. Não existe a figura culposa. Exige-se o elemento subjetivo específico, consistente na prática dos actos descritos no tipo penal, “*com; em ou por*” crianças.

Sustenta a jurisprudência portuguesa que, “constitui, por sua vez, elemento subjetivo, o conhecimento dos elementos objetivos típicos e a vontade de agir de forma a preenchê-los”.

95

2.6.2. O Agente e a Vítima

O **agente** ou **sujeito activo** (autor do delito) do crime de abuso sexual de crianças pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, sejam estranhos à criança, ou os familiares e

⁹⁴ GARCIA, M. Miguez - **O direito penal passo a passo** – Vol. I – Elementos da parte especial com os crimes contra as pessoas e os crimes contra a identidade cultural e a integridade pessoal. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5816-0. p. 296.

⁹⁵ Trecho retirado do acórdão Processo: 362/09.4GDSNT.L1-9, do Tribunal da Relação de Lisboa. [em linha]. Relator: Filipa Costa Lourenço. Data do Acórdão: 15/05/2014. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0f4fe6170a30c29780257cde003777a0?OpenDocument>.

mesmo os pais da vítima. Já a vítima ou **sujeito passivo** será o menor de 14 anos, de qualquer sexo e “é tipicamente indiferente que seja ou não sexualmente iniciada, que possua ou não capacidade de entender o ato sexual em causa ou que lhe caiba uma intervenção ativa ou passiva”.⁹⁶

2.6.3. Do Erro de Tipo

O chamado “erro de tipo” incide sobre o fato típico, excluindo o dolo, em algumas circunstâncias, consoante disposto no art. 16º, nº 1, do Código Penal Português. Em resumo, para sua configuração faz-se necessário que o agente, ao praticar a conduta formalmente típica, tenha incidido em erro, ou seja, em uma falsa representação da realidade, ignorando os elementos objetivos do tipo.

Segundo a doutrina de Germano Marques, (...) “o objecto do erro é o elemento do tipo que deve ser representado pelo agente para que possa haver dolo. É esse elemento que, existindo, devia ser conhecido para haver dolo”⁹⁷.

Assim, em se tratando de delitos dolosos, o agente deve conhecer ou ter consciência acerca dos elementos que constituem o tipo penal para que ocorra o dolo.

Conforme dispõe o art. 171º, do Código Penal, o crime de abuso sexual de crianças implica na prática de atos sexuais “com”; “em” ou “contra” menores de 14 anos. Desse modo, o agressor, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento dessa idade, pois, caso contrário, poderá alegar o chamado “erro de tipo”, na medida em que, o erro sobre a idade da vítima menor, dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode afastar, nos termos do artigo 16, n.º 1, o dolo e a consequente responsabilização penal, uma vez que o legislador faz salvaguardar a possibilidade de responsabilização por negligência como consequência do erro (art. 16.º, n.º3), forma de cometimento de crime que não existe no caso em apreço.

Obviamente que a simples alegação acerca do desconhecimento da idade da vítima não afastará de imediato o dolo do agente, até porque, o delito em análise pode ser praticado com dolo eventual, que é aquele no qual o agente não deseja efetivamente o resultado, porém, assume o risco de produzi-lo. Nas palavras de Taipa de Carvalho, “se este risco se vem a concretizar na realização do facto típico, pode afirmar-se que entre o agente e este seu facto

⁹⁶ *Idem* Acórdão acima.

⁹⁷ SILVA, Germano Marques da - **Direito penal português: teoria do crime**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN9789725404584. p. 115.

há uma conexão psicológico-volitiva, suficiente para a afirmação do dolo”⁹⁸. Ou seja, o agente representa o elemento típico no caso concreto, mas ainda assim, não se importa e segue em seu intento, preenchendo a moldura do tipo penal incriminador.

Em tal hipótese, não há que se falar em “erro de tipo”, devendo o agente ser punido pelo crime praticado tendo em vista a existência de dolo eventual na sua conduta, conforme se verifica no conteúdo do Acórdão Processo 55/13.8TAMDR.G1, do Tribunal da Relação de Guimarães, cujo sumário dispõe que:

I) Para o preenchimento do tipo subjetivo do crime de abuso sexual de crianças, previsto e punível pelo artigo 171º, nº 3, al. b) do código penal, é necessário que o dolo, pelo menos sob a forma de dolo eventual, abranja todos os elementos constitutivos do tipo, entre os quais se conta a idade da vítima (menor de 14 anos).

II) Para a imputação subjetiva dos factos ao agente, designadamente no que respeita à idade da vítima, a afirmação do dolo (eventual) pode ser feita com base na persistência da possibilidade, na representação do agente, de o elemento típico se verificar no caso e nem por isso aquele se coibir de atuar.⁹⁹

2.6.4. Das Modalidades de Ação do Tipo Penal em Análise (art. 171º, nº 1 e 2)

Conforme dispõe o art. 171º, nº 1 do Código Penal Lusitano, “Quem praticar ato sexual de relevo **com ou em menor de 14 anos**, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”

Observa-se que, perante tal normativo, importa, em primeiro lugar, procurar definir o conceito de ato sexual de relevo vertido neste preceito, retirando dele qualquer conotação ligada à moralidade.

Um “ato é sexual” quando tem por objeto direto o sexo humano, envolvendo duas ou mais pessoas, através de ações com conotação sexual e toques de cariz sexual no corpo do outro. Quanto à definição de “relevo”, de que se cuidará, abaixo, mais pormenorizadamente, trata-se de uma designação indeterminada pelo legislador e que implica em práticas relacionadas ao sexo de forma relevante e mais gravosa, obstruindo a liberdade de determinação sexual da vítima.

⁹⁸ CARVALHO, Américo Taipa de - **Direito Penal Parte Geral**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 973-972-32-1618-9, p. 327.

⁹⁹ Acórdão Processo 55/13.8TAMDR.G1, do Tribunal da Relação de Guimarães. [em linha]. Relatora: Fátima Furtado. Data do Acórdão: 05/12/2016. [consult. 11. Agost. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/bb39e49d5ce90fc48025808e004dd427?OpenDocument>.

Observe-se que, no conteúdo da referida norma, certos comportamentos assume maior gravidade, razão pela qual são punidos com penas mais elevadas. Importa, portanto, definir tais condutas que elevam a seriedade do chamado “ato sexual de relevo”, elementar do tipo penal em análise, a saber, o crime de abuso sexual de crianças.

No caso de tal normativo, importa definir as condutas que identificam os atos sexuais de relevo na forma qualificada referida pelo legislador, na medida em que implicam em atos sexuais mais sérios, destacando-se sua gravidade para efeitos da punição penal.

Assim, dispõe o art. 171º, nº 2 que, “se o ato sexual de relevo **consistir** em cópula, coito anal ou coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”.

A noção de **Cópula**, segundo entendimento de José Mouraz Lopes, “continuará a ser entendida como resultado de uma relação heterossexual de conjunção carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos. Exigir-se-á, sempre a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino na vagina.”¹⁰⁰. Ou seja, a cópula é o ato através do qual ocorre a penetração pelo órgão sexual masculino (pénis) do órgão sexual feminino (vagina).

O **Coito Anal** consiste na introdução do pénis de um homem no ânus de outra pessoa; ao passo que o **Coito Oral** implica na introdução total ou parcial, do pénis de um homem na boca de outra pessoa, com ou sem ereção, com ou sem emissão de sémem.

Já a noção de “**partes do corpo**” abrange os braços, pernas, pés, mãos, punhos, dedos, bem como a língua e ainda o nariz. E o ato sexual de relevo será mais fortemente punido se ocorrer à introdução vaginal ou anal de partes do corpo, excluindo-se, obviamente o pénis do agente como “partes do corpo”, porque se acaso ocorrer à inoculação vaginal ou anal com o membro viril masculino, já há cópula ou o coito anal respectivamente.

Em relação à “**penetração de objetos**”, estes podem ser vibradores, pénis artificiais, próteses, paus, garrafas e, para além de objectos ‘pré destinados’ à actividade sexual, hoje qualquer objeto, no sentido de coisa material que pode ser percebida pelos sentidos, pode substanciar uma forma típica da prática do crime.

¹⁰⁰ LOPES, José Mouraz - **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2, p. 45-48.

2.6.5. Do Conteúdo do Ato Sexual de Relevô

A definição da expressão “ato sexual de relevô” que domina boa parte dos tipos penais sexuais da legislação portuguesa, mostra-se um conceito chave na abordagem do crime de abuso sexual de crianças.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, de modo geral, tem considerado “ato sexual de relevô” como toda conduta sexual que ofenda bens jurídicos fundamentais ou valores essenciais das pessoas quanto à sua livre expressão sexual. Assim, a ação, para ser classificada como de relevô, terá de ser intensa e grave, traduzindo desejos sexuais que violam a autodeterminação sexual da vítima infantil. É o carácter grave, de ‘importância’ do acto que o torna notório e de relevância para o tipo penal em análise.¹⁰¹

Nesse diapasão, não tendo o legislador apresentado quais condutas integrariam a definição de acto sexual de relevô constante do art. 171, nº 1, coube à doutrina e à jurisprudência se encarregar de identificar quais actos que integram e perfectibilizam o conceito legal de acto sexual de relevô, ínsito no supracitado art. 171, nº 1, do Código Penal.

Assim, amparado pela jurisprudência lusitana, pode-se citar como exemplos de tais condutas, o ato meter a mão por baixo da saia de menor de 14 anos, apalpando-lhe a vagina e indagando à mesma se estava gostando¹⁰²; acariciar com a mão, exercendo pressão sobre as mamas de uma criança de 11 anos¹⁰³; o gesto de um pai que apalpa o seio da filha de 10 anos de idade, cujo corpo começava a transformar-se, ignorando os pedidos da criança para estar “quieto”, sempre repetindo o gesto em silêncio¹⁰⁴; a conduta do agente que pega na mão de uma menor de 14 anos e a coloca por cima das suas calças, junto aos seus órgãos genitais¹⁰⁵, o

¹⁰¹ No mesmo sentido Processo: 362/09.4GDSNT.L1-9, do Tribunal da Relação de Lisboa. [em linha]. Relatora: Filipa Costa Lourenço. Data do Acórdão: 15/05/2014. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0f4fe6170a30c29780257cde003777a0?OpenDocument>.

¹⁰² Sumário do Acórdão Processo: 889/09.8.TAPBL.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [em linha]. Relator: Belmiro Andrade. Data do Acórdão: 02/02/2011. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/744b720695f1bf3b802578420040a949?OpenDocument>.

¹⁰³ Acórdão Processo 362/09.4GDSNT.L1-9, do Tribunal da Relação de Lisboa.[em linha]; Relatora: Filipa Costa Lourenço. Data do Acórdão: 15/05/2014. [consult. 28. Jun. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0f4fe6170a30c29780257cde003777a0?OpenDocument&Highlight=0,acto,sexual,de,relevô,171%C2%BA,n%C2%BA,1>

¹⁰⁴ Acórdão Processo 216/15.5T9AVV.G1, do Tribunal da Relação de Guimarães. [em linha]. Relatora: Teresa Coimbra. Data do Acródão: 17/12/2018. [consult. 28. Jun. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/9bb5ecbd278c3c5180258390003411a8?OpenDocument&Highlight=0,acto,sexual,de,relevô,171%C2%BA,n%C2%BA,1>

¹⁰⁵ Acórdão Processo 624/12.3GBBCL.G2, do Tribunal da Relação de Guimarães. [em linha]. Relator: João Lee Ferreira. Data do Acórdão: 08/02/2016. [consult. 28. Jun. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/401649161ab6032d80257f6200540f3b?OpenDocument&Highlight=0,acto,sexual,de,relevô,171%C2%BA,n%C2%BA,1>

comportamento do abusador que induz uma menor de 7 anos a segurar e fotografar o seu pénis, induzindo-a ainda a se despir das suas roupas e mostrar sua vagina para que ele [o abusador] a fotografe¹⁰⁶.

Nota-se que todos esses exemplos citados acima se constituem em actos sexuais de relevo, na medida em que demonstram comportamentos que se relacionam com a actividade sexual, normalmente praticado no domínio da sexualidade entre pessoas. Trata-se de condutas idóneas a afetar de forma grave e séria o desenvolvimento sexual de uma criança menor de 14 anos, razão pela qual qualquer agente que incorrer em tais práticas comete o crime de abuso sexual de crianças.

Já em relação aos atos sexuais de relevo, capitulados no art. 171º, nº2, a doutrina de José Mouraz Lopes apresenta como exemplos “a cópula; cópula vulvar ou vestibular¹⁰⁷; penetração peniana anal (coito anal); penetração peniana bucal (coito oral), beijo lingual; excitação do clitóris de uma paciente na ocasião de um exame ginecológico”.¹⁰⁸

Ainda em relação aos exemplos de “atos sexuais de relevo”, o supracitado autor destaca que, “toda a panóplia de actos sexuais ou práticas sexuais ligadas ao chamado sado masoquismo¹⁰⁹, zoofilia¹¹⁰, necrofilia¹¹¹, punho, jogos de urina, jogos escatológicos (com fezes), frot-teurismo (roçar-se nos corpos de mulheres nos transportes públicos), etc., poderão

¹⁰⁶ Acórdão Processo 239/06.5GAVNC.G1, do Tribunal da Relação de Guimarães. [em linha]. Relator: Anselmo Lopes. Data do Acórdão: 28/09/2009. [consult. 28. Jun. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/dadecf32c97476bd8025764e00459af0?OpenDocument&Highlight=0,acto,sexual,de,relevo,171%C2%BA,n%C2%BA,1>

¹⁰⁷ Cópula vulvar ou vestibular “verifica-se quando o acto sexual, consubstanciado no contacto externo dos órgãos sexuais masculinos e femininos atinge a consumação pela *emissio seminis*, sem que se tenha verificado penetração do pénis na vagina”. (LOPES, José Mouraz - **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.29. ISBN 978-972-32-1563-2).

¹⁰⁸ LOPES, José Mouraz - **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. p. 29.

¹⁰⁹ A prática de atos sexuais “**sado masoquistas**” refere-se à “perversão sexual em que se associam sadismo (pessoa que busca sentir prazer ao impor o sofrimento físico e moral a outra pessoa) e masoquismo (tendência oposta ao sadismo, é a pessoa que busca sentir prazer em receber o sofrimento físico e moral de outra pessoa). Implica no contato entre pessoas com tendências opostas (contato entre sadista e masoquista). (*Sadomasoquismo* in: Dicionário infopédia de Termos Médicos [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2019. [consult. 30. Abril. 2019]. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/sadomasoquismo>).

¹¹⁰ **Zoofilia**, no contexto aqui citado significa, de acordo com a medicina, “uma tendência patológica para praticar atividade sexual com animais”. (*Zoofilia* in: Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2019. [consult. 30. abril. 2019]. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/zoofilia>).

¹¹¹ **Necrofilia** implica em uma psicopatologia que leva à profanação de cadáveres. “Ato de violar cadáveres. Utilização de cadáver para saciar desejos sexuais; uso de cadáver com finalidade sexual. Atração sexual mórbida por cadáveres”. (Necrofilia in: DICIO, Dicionário Online de Português [em linha]. Porto: 7Graus, 2018. [consult. 30. Abril. 2019]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/necrofilia/>)

integrar-se ao conceito de ‘ato sexual de relevo’, desde que praticadas contra a vontade de qualquer dos sujeitos envolvidos.”¹¹²

Importa, no entanto, relatar que todos esses comportamentos supracitados poderão constituir-se em “parafilias” ou perturbações sexuais do agente e, nessa medida, ser objeto de tratamento médico adequado, tendo em vista tratar-se de “anomalias ou perversão da sexualidade caracterizada pela contínua procura de excitação sexual através de objetos não habituais ou de situações bizarras ou anormais”¹¹³.

Assim, até mesmo os comportamentos sexuais patológicos que buscam a liberação e satisfação dos impulsos sexuais, quando praticados contra a vontade de qualquer dos sujeitos envolvidos na relação sexual e, na perspectiva do bem jurídico tutelado, sejam considerados **de relevo**, constituem exemplos de ato sexual de relevo.

Ademais disso, Sénio Manuel sustenta que, “(...) o acto sexual de relevo é, assim, todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais (...) que ofende, em grau elevado, o sentimento de timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas e a relevância ou irrelevância de um acto sexual só lhe pode ser atribuída pelo sentir geral da comunidade”¹¹⁴

Desse modo, resta claro que o chamado ato sexual de relevo implica em condutas voltadas para a compensação dos desejos sexuais do autor, impondo ofensa grave ao sentimento de vergonha e timidez da vítima e representando uma importante obstrução à sua liberdade de determinação sexual.

Nessa esteira de raciocínio, ato sexual de relevo será sempre aquele relacionado com o sexo e que assume gravidade e intensidade, atentando contra a autodeterminação sexual da vítima, razão pela qual defende Jorge Figueiredo Dias que, o ato sexual de relevo é “todo aquele [comportamento ativo] que, de um ponto de vista predominantemente objectivo, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado directamente relacionado com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de autodeterminação sexual de quem a sofre ou a pratica.”¹¹⁵

¹¹² LOPES, José Mouraz - **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. p. 30.

¹¹³ *Parafilia* in: Artigos de apoio Infopédia [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2019. [consult. 30. abril. 2019]. Disponível em: [https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$parafilia](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$parafilia).

¹¹⁴ ALVES, Sénio Manuel dos Reis - **Crimes Sexuais. - Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal**. Coimbra: Edições Almedina, 1995, p.99-11

¹¹⁵ DIAS, Jorge Figueiredo - **Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial. Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 447.

Com relação ao tema, a jurisprudência lusitana sempre sublinha a necessidade de que os atos sexuais assumam gravidade e intensidade objetiva para serem definidos como ato sexual de relevo, atentando, assim, contra a autodeterminação sexual da vítima menor.

Nesse sentido, o Acórdão Processo 1159/11.7JAPRT.P1, do Tribunal da Relação do Porto – TRP¹¹⁶ - destaca que beijos na boca, mexer nos seios e na vagina de uma menor de 12 anos, ainda que esta esteja vestida e além disso, exhibir-lhe o pénis, demonstra um comportamento considerado acto sexual de relevo.

De igual modo, encontra-se o Acórdão Processo 204/10.8TASEI.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC¹¹⁷ – que assevera que, os atos preliminares ao acto sexual final que conduz ao orgasmo, como acariciar e apalpar as nádegas e a parte interior das coxas, circunscrevem-se como acto sexual de relevo, embora este último comportamento, isoladamente, se pudesse subsumir ao n.º 3 do preceito legal, enquanto acto exibicionista do artigo 170º.

Também é considerado acto sexual de relevo, segundo a jurisprudência portuguesa¹¹⁸, o ato de meter a mão por baixo da saia, apalpando a vagina de uma menor, bem como, segundo o Acórdão Processo 490/09.6JAAVR.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC¹¹⁹ - o ato de ordenar que uma menor de 6 anos de idade fique nua da cintura para baixo e, em seguida, mesmo sem tirar a roupa, se aproximar da criança e realizar movimentos simulando a prática de uma relação sexual.

Ademais disso, actos como o coito oral e a masturbação também implicam em actos sexuais de relevo¹²⁰, sendo certo que os beliscões e os beijos só o serão em casos de grande

¹¹⁶ Sumário do Acórdão Processo: 1159/11.7JAPRT.P1, do Tribunal da Relação do Porto – TRP. [em linha]. Relator: Alves Duarte. Data do Acórdão: 13/03/2013. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/6cdd73cf64c9ab4f80257b3b004bd9a7?OpenDocument>).

¹¹⁷ Para maiores detalhes, consultar Sumário do Acórdão Processo: 204/10.8TASEI.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [em linha]. Relator: Maria Pilar de Oliveira. Data do Acórdão: 05/06/2013. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8f60bbad90f0a3c080257b91003cf81b?OpenDocument>).

¹¹⁸ Consultar Sumário do Acórdão Processo: 889/09.8.TAPBL.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [em linha]. Relator: Belmiro Andrade. Data do Acórdão: 02/02/2011. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/744b720695f1bf3b802578420040a949?OpenDocument>).

¹¹⁹ Sumário do Acórdão Processo: 490/09.6JAAVR.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [em linha]. Relator: Alice Santos. Data do Acórdão: 21/03/2012. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9fcaaf98d298a209802579e3004d4d05?OpenDocument>).

¹²⁰ Para maiores detalhes, consultar sumário do Acórdão Processo 169/07.3JAAVR.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [em linha]. Relator: Paulo Guerra. Data do Acórdão: 15/09/2010. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a4cd983cd913de9a802577ad003474d0?OpenDocument>).

intensidade objetiva voltada para o sexo e intuítos sexuais atentatórios da autodeterminação no plano sexual da criança menor de 14 anos.

Por fim, conclui-se que, no caso de abuso sexual de crianças será sempre relevante qualquer atuação objetivamente libidinosa, por mais simples que ela possa ser ou parecer, tendo em vista que os menores protegidos pela norma não dispõem do necessário discernimento para se relacionarem sexualmente em liberdade.

Em verdade, os atos sexuais supranarrados são sempre ilícitos e ofendem sentimentos gerais presentes no seio da sociedade, além de constituir grave ofensa à intimidade dos menores vítimas de tal crime, violadores também de valores que devem ser defendidos de forma firme e consistente através da censura penal de tais condutas.

2.7. Da Pena

A pena para o crime capitulado no art. 171º do Código Penal depende da conduta criminosa preenchida pelo agente passivo do delito. Para os objetivos do presente trabalho, interessa as reprimendas do nº 1 e 2 do tipo penal analisado.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que, para o crime consagrado no:

art. 171º, nº 1- a lei consagra a pena de prisão pelo período de 1 a 8 anos.

Se o agente incide no disposto no **art. 171º, nº 2**, cujo conteúdo dispõe que, se o ato sexual de relevo **consistir** em cópula, coito anal ou coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o sujeito é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

2.7.1. Da Agravação da Pena

Tratando-se **da agravação da pena** quando da prática de tais delitos, conforme dispõe o art. 177º, nº 3, 4 e 5, tem-se que, as penas previstas para o crime de que vimos cuidando serão agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o agente for portador de doença sexualmente transmissível (art. 177º, nº 3).

Do mesmo modo, se o crime for cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas (art. 177º, nº4) a pena será agravada na metade, nos seus limites ‘mínimo e máximo’, bem como, se dos comportamentos ali descritos resultar gravidez, ofensa à integridade física, transmissão de agente patogênico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima (art. 177º, nº5).

Dando continuidade às discussões propostas no presente trabalho, faz-se necessário analisar o crime de “**Estupro de Vulnerável**”, tipificado no *caput* do art. 217-A do Diploma

Penal Brasileiro, que tem como bem jurídico tutelado a dignidade sexual do vulnerável. Este será o conteúdo do próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

3. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO BRASIL

No Brasil, o crime de estupro de vulnerável está tipificado no art. 217-A, do Código Penal, cuja redação nasceu da Lei 12.015/2009 que foi criada para finalizar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a presunção de violência disciplinada no revogado art. 224¹²¹ do Código Penal em relação ao crime de estupro e ao já abolido crime de atentado violento ao pudor quando praticados contra menores de 14 anos, quando dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social, etc.

Dessa forma, antes da promulgação da Lei 12.015/2009, havia quem defendesse a tese de que o consentimento para a relação sexual dada por um menor com idade inferior a catorze anos não poderia ser entendida como “estupro”¹²² ou como “atentado violento ao pudor”¹²³, em razão da aplicação do instituto da ‘violência presumida’, disciplinada no resiliado art. 224 se, por exemplo, o menor em questão se entregasse costumeiramente à prostituição. Embora se imaginasse que tal posicionamento representaria um julgado isolado na jurisprudência, tal tese começou a ganhar destaque nos Tribunais de Primeira Instância. Esse fato motivou o congresso nacional brasileiro a editar nova legislação que criou o tipo penal “estupro de vulnerável”, na qual a idade da vítima passaria ao *status* de elementar do tipo penal, tornando a divergência jurisprudencial e doutrinária outrora debatida completamente inócua.

Assim, a supracitada Lei 12.015/2009, estabeleceu como crime, objetivamente, o ato de manter relações sexuais com uma das pessoas vulneráveis elencadas no tipo penal, afastando em definitivo, a presunção de violência no que tange à idade da vítima, restando claro que, a título de exemplo, pouco importa que uma criança de 12 anos seja prostituta e já tenha se relacionado com outros homens ou mulheres. Aquele(a) que for flagrado com ela mantendo relação sexual, ciente da sua idade, responderá pelo crime de estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A, do Código Penal Brasileiro.

¹²¹ Art. 224, do Código Penal Brasileiro, revogado pela Lei 12.015/2009: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

¹²² **Estupro.** Art. 213, do Código Penal brasileiro, reformulado pela Lei 12.015/2009. “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

¹²³ **Atentado violento ao pudor.** Art. 214, do Código Penal Brasileiro, revogado pela Lei 12.015/2009. “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro¹²⁴ (STF), a mais alta corte do poder judiciário brasileiro, cuja competência precípua é ser guardião da Constituição Federal de 1988, apreciando casos que envolvam lesão ou ameaça a Carta Magna brasileira, já se pronunciou a respeito do tema nos seguintes termos: “A violência presumida foi eliminada pela Lei nº 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ordem indeferida”¹²⁵.

Desse modo, almejava o legislador, com a promulgação da Lei 12.015/2009, proteger crianças e adolescentes menores de 14 anos, punindo, de forma objetiva àqueles que praticassem actos sexuais com elas, aproveitando-se da sua inocência e de seu imaturo desenvolvimento sexual. Ao propor um critério objetivo (idade menor de 14 anos), esperava-se eliminar discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da relativização da violência em relação à faixa etária da vítima menor.

Nesse diapasão, no Brasil, o crime de estupro de vulnerável encontra-se previsto no Título VI “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, Capítulo II “Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável”, art. 217-A, do Código Penal Brasileiro, tipificando condutas sexuais que, embora praticadas sem violência ou grave ameaça, implicam em atos criminosos por ofender a dignidade sexual de indivíduos vulneráveis, seja pela idade, por enfermidade ou deficiência mental ou ainda pelo fato da vítima não conseguir oferecer resistência ao ato sexual transgressor.

No que tange ao que disciplina o referido art. 217-A, tem-se que, o normativo supracitado prevê duas condutas distintas que preenchem a moldura criminal do delito de “Estupro de Vulnerável”:

Na forma **SIMPLES**: a infração consubstanciada na prática de “ter conjunção carnal” **OU** praticar outro “ato libidinoso” com menor de 14 anos (art. 217-A, *caput*); **OU** com

¹²⁴ STF: O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, resguardando-a de lesões, conforme definido no art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/1988). É a mais alta instância do poder judiciário e acumula tanto competências típicas de uma suprema corte, ou seja, um tribunal de última instância, como de um tribunal constitucional, que seria aquele que julga questões de constitucionalidade independentemente de litígios concretos. A corte é composta por onze Ministros, todos brasileiros natos (art. 12, § 3º, inc. IV, da CF/1988), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/1988); e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF/1988).

¹²⁵ HC 101.456/ MG – Minas Gerais. HABEAS CORPUS. Relator: Ministro Eros Grau. Data do Julgamento: 09/03/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma do STF. Publicação: DJe 30/04/2010.

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 (Art. 217-A, §1º).

Já em relação ao conteúdo do tipo penal em análise na forma **QUALIFICADA**, tem-se o disposto no Art. 217-A, §3º: “Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos” e no §4º “Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

Registre-se que, a infração penal “Estupro de Vulnerável”, seja na forma simples (Art. 217-A, *caput* e §1º) ou qualificada (art. 217-A, §§ 3º e 4º), é considerada crime hediondo, conforme informa o art. 1º, Inciso VI, da Lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos)¹²⁶.

Assim, o normativo disposto no art. 217-A apresenta as distintas condutas que, quando praticadas, preenchem a moldura criminal do delito de “estupro de vulnerável” no Brasil.

3.1. Evolução Histórica do Artigo 217-A do Código Penal Brasileiro

Conforme narrativa pretérita, em relação à criminalização do chamado “estupro de vulnerável” no Código Penal Brasileiro, tal crime “nasceu” da reforma do Código ocorrida através da promulgação da Lei 12.015/2009.

A redação da novel Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou o disposto no Estatuto Repressivo Brasileiro no que tange aos crimes sexuais, modificando a redação do Título VI que antes previa os crimes contra os costumes, passando a criminalizar os chamados crimes contra a dignidade sexual.

Tal mudança já era cobrada pela doutrina desde algum tempo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988. Já naquela época, questionava-se a necessidade de alterar os chamados “costumes”, enquanto conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais, como bem jurídico tutelado no caso dos crimes sexuais, tendo em vista a evolução social e a liberação do comportamento relacionado ao sexo. A defesa da doutrina se dava no

¹²⁶ De acordo com o Dicionário Aurélio Junior, ‘hediondo’ é o “1. que desperta repulsa; sórdido; 2. Pavoroso, medonho” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - **Aurélio Júnior: dicionário escolar da língua portuguesa**. 2ª ed. Curitiba: Editora Positivo, 2011. ISBN 978-85-385-4735-8, p.478). Assim, pode-se afirmar que, um crime é hediondo quando causa profunda repugnância na sociedade por ofender de forma grave valores sociais e morais legítimos, violando, em última instância, a dignidade da pessoa humana. No Brasil, segundo Fernando Capez, os chamados “crimes hediondos” são aqueles crimes entendidos pelo poder legislativo como os que merecem maior reprovação por parte do Estado, cabendo tão somente à lei definir quais são os delitos classificados como hediondos, sendo certo que tal classificação encontra-se no art.5º, inciso XLIII, da Constituição Federal Brasileira e no art. 1º, da Lei 8.072/1990. São delitos insuscetíveis de indulto, graça ou anistia e inafiançáveis. (CAPEZ, Fernando - **Curso de direito penal: legislação penal especial**. Vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08627-4. p. 197).

sentido de que, fazia-se necessário substituir a expressão “dos costumes” pela “dignidade da pessoa humana”, já que não deveria o legislador se interessar pelas práticas sexuais dos indivíduos, ainda que imorais ou inadequadas para alguns indivíduos mais conservadores.

Nesse diapasão, a doutrina sustentava que o Estado deveria agora, ao invés de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, enfrentar outros desafios, a exemplo da exploração sexual infantil.

Assim, a criação da Lei 12.015/2009, decorreu de transformações ocorridas na sociedade e que trouxeram novas e graves preocupações, sobretudo em relação às situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescente no Brasil. Segundo Rogério Greco, “a situação era tão grave que foi criada, no Congresso Nacional, uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito [CPMI], (...) que tinha por finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil¹²⁷”.

Segundo o supracitado autor, os trabalhos dessa CPMI foram encerrados em agosto de 2004 trazendo relatos assustadores sobre a exploração sexual no Brasil. A partir de tais relatos, produziu-se o projeto de Lei nº 253/2004 que, após algumas alterações, veio a se converter na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Ademais, a redação da parte dos crimes sexuais constante no Código Penal Brasileiro de 1940 trazia conceitos bastante negativos e machistas relacionados à mulher. Nas palavras de Cleber Masson, “de fato, somente a “mulher honesta” era tutelada por alguns tipos penais, mas não se exigia igual predicado dos homens. Discutia-se se a esposa podia ser vítima do estupro praticado pelo marido, sob a alegação de obrigatoriedade de cumprimento do famigerado “débito conjugal”¹²⁸.

Assim, restava evidente que a rubrica “crimes contra os costumes” já não traduzia a realidade dos bens jurídicos que deveriam ser protegidos pela Lei Penal Brasileira. Em pleno século XXI, não deveria o legislador tutelar a forma como as “mulheres honestas” deveriam se comportar sexualmente.

A realidade atual, na qual as liberdades individuais são cada vez mais valorizadas e inclusive, protegidas pela Constituição Federal de 1988, evidenciava a incompatibilidade de adequação da vida moderna com os conceitos vigentes em 1940, que privilegiava o

¹²⁷ GRECO, Rogério - **Crimes contra a dignidade sexual**. [em linha]. Jusbrasil. [Consult. 10. jul. 2019]. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>.

¹²⁸ MASSON, Cléber - **Direito penal esquematizado**. Parte Especial: (Arts. 213 a 359-H). Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014. ISBN 9788530952754. p. 48.

formalismo e as convenções sociais, inferiorizando e discriminando a mulher nas questões relacionadas à sexualidade.

Dessa forma, com a reforma criminal ocorrida em 2009, através da promulgação da Lei 12.015/2009, pode-se dizer que, a exemplo do ocorrido em Portugal, “a tutela da moralidade sexual deu lugar à tutela da liberdade sexual¹²⁹”, alterando profundamente o conjunto de crimes sexuais tipificados no ordenamento jurídico-criminal brasileiro, operadas no Capítulo II “dos crimes sexuais contra vulnerável”, do Código Penal, inserindo outros delitos tais como; “Estupro de Vulnerável” (Art. 217-A); “Corrupção de Menores” (Art. 218); “Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente” (Art. 218-A) e “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável” (Art. 218-B).

Cumprе destacar ainda que, através desse novo diploma legal criminal, foram fundidas as figuras do estupro (Art. 213) e do atentado violento ao pudor (antigo Art. 214) em um único tipo penal, permanecendo a designação de “crime de estupro”, hoje com a seguinte redação em sua forma simples: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”¹³⁰.

Ademais disso, a redação da nova lei inseriu no Código a determinação de que os processos em que se apuram crimes definidos contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça (Art. 234-B).

Dando continuidade ao processo de modernização da legislação penal brasileira, ocorreu à promulgação da Lei 13.718/2018 que acrescentou o parágrafo 5º, no Art. 217-A, dispondo que as penas previstas no *caput* do artigo e em seus parágrafos 1º, 3º e 4º aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela [a vítima] ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Tal parágrafo foi acrescido ao corpo do artigo que tipifica o delito de estupro de vulnerável com o objetivo de assegurar maior proteção à pessoa vulnerável e impedir decisões

¹²⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da - Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. [em linha]. **Revista Jurídica Luso-Brasileira** - RJLB, Ano 3 (2017), nº 3, p. 345-376. [Consult. 22. Jan. 2019]. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/25239/1/Crimes%20sexuais%20contra%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes.pdf>

¹³⁰ Art. 213, do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, alterado pela Lei 12.015/2009.

que afastem a incidência de tal crime por motivos outros que não fosse tão somente a idade da vítima.¹³¹

Dessa forma, no atual sistema do Código Penal Brasileiro, os crimes sexuais aparecem no **Título VI** intitulado “**dos crimes contra a dignidade sexual**” e estão divididos em sete capítulos, a saber:

Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual

Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual (Arts. 213 a 216-A);

Capítulo I-A – Da exposição da intimidade sexual (Art. 216-B);

Capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulnerável (Arts. 217-A a 218-C);

Capítulo III – Do rapto – (Arts. 219 a 222 - todos revogados)

Capítulo IV – Disposições gerais tratando da ação penal e das causas para o aumento da pena especificamente em relação aos crimes definidos nos Capítulos I e II. (Arts. 225 e 226);

Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual (Arts. 227 a 230 e 232-A);

Capítulo VI – Do ultraje público ao pudor (Arts. 233 e 234);

Capítulo VII – Disposições gerais aplicadas à todos os delitos constantes do Título VI (Arts. 234-A e 234-B).

Assim, após todas as reformas criminais realizadas pelo direito penal brasileiro, o Art. 217-A, do diploma criminal tem a seguinte redação:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

§ 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)

Nota-se que o conteúdo legal da norma destaca os atos sexuais que, quando praticados “com” menor de 14 anos ou com indivíduo 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 implicam em conduta sexual abusiva, justamente por utilizar uma

¹³¹ Vide Justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 618, de 2015 (PL nº 5452-B/2016 na Câmara dos Deputados). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>.

criança ou pessoa em condição de vulnerabilidade como objeto de prazer para a satisfação da lascívia¹³².

Quanto às qualificadoras do tipo em análise, estas estão previstas nos parágrafos 3º e 4º; sendo certo que, conforme dispõe o art. 1º, inciso VI, da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), o delito de Estupro de Vulnerável, é considerado hediondo, seja ele praticado na forma simples (Art. 217-A, caput e §1º) ou na forma qualificada (Art. 217-A, § 3º e 4º).

3.2. Da Vulnerabilidade do Menor de 14 Anos

Etimologicamente, a palavra ‘vulnerabilidade’ deriva do latim “vulnerabilis” (vulnerare= ferir/lesar/prejudicar; bilis= ser suscetível). De acordo com o dicionário Aurélio, tal vocábulo designa “a qualidade de ser vulnerável; aquele que pode ser vulnerado; alguém ou algo que pode ser atacado”¹³³.

Nesse sentido, a vulnerabilidade é uma característica encontrada em todos os seres humanos. Trata-se de uma condição humana que expõe, naturalmente, que todo indivíduo necessita de ajuda. Diz respeito ao estado de ser/estar em perigo ou exposto a potenciais danos em razão de uma fragilidade atrelada à existência individual, eivada de fragilidades.

Assim, pode-se afirmar que, todos os seres humanos são vulneráveis em alguma medida porque tal característica é intrínseca à natureza mortal. Embora a vulnerabilidade não deva ser abordada de uma forma negativa, já que ela expressa a capacidade de reagir, resistir e se recuperar de uma ferida, de uma violação física ou moral. Por outro lado, as pessoas vulneráveis são aquelas que, por diversas razões, não têm a capacidade de prevenir, resistir e de contornar potenciais impactos, e que, por conseguinte, se encontram em situação de risco, de fragilidade e de perigo.

Nesse diapasão, a idade faz de crianças e adolescentes um grupo particularmente vulnerável, devido à sua fragilidade física, emocional e pelo seu elevado grau de dependência.

Na esteira da tutela penal da sexualidade no Brasil, o conceito de vulnerabilidade veio substituir a presunção de violência na prática de crimes contra menores de quatorze, discernimento mental reduzido ou qualquer outra impossibilidade de oferecer resistência, com o advento da Lei nº 12.015/2009. Para o legislador brasileiro, vulnerabilidade e a presunção

¹³² Pode-se compreender o termo “lascívia” como significado de sensualidade, libidinagem, luxúria. Trata-se de uma característica de quem tem des pudor, quem tem modos libertinos, libidinosos, quem tem propensão para a sensualidade. (Vide em <https://www.significados.com.br/lascivia/>).

¹³³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - **Aurélio Júnior: dicionário escolar da língua portuguesa**. 2ª Ed. Curitiba: Editora Positivo, 2011. ISBN 978-85-385-4735-8, p. 915.

de violência da legislação penal anterior não se confundem, até porque, a vulnerabilidade é um conceito novo e muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações de evidente fragilidade, como por exemplo, casos de doença mental, embriaguez, miserabilidade social, etc.,¹³⁴.

Segundo a doutrina de Fernando Capez, “vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere à capacidade para consentir ou à imaturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica, etc;.”. Nessa esteira de raciocínio, explica o autor, uma jovem menor de 14 anos prostituída, e, portanto, sexualmente experimentada, pode até atingir um amadurecimento precoce em razão desse prematuro envolvimento com as questões do sexo. Logo, não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, será considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual¹³⁵.

Assim, o emprego do termo “vulnerável” serve para qualificar o indivíduo que se encontra em uma situação ou posição física ou moral que o torna mais frágil do que outrem, destacando-se, no caso da proteção penal da sexualidade no Brasil, as condições de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos de crimes sexuais, daí o tipo penal “estupro de vulnerável”.

3.3. Da Relativização da Vulnerabilidade

Conforme o entendimento exposto em linhas acima, constata-se a existência de uma “presunção absoluta da vulnerabilidade do menor” de 14 anos no que tange aos crimes sexuais. Com o advento da Lei 12.015/2009, o legislador estabeleceu objetivamente como crime o ato de manter relacionamento sexual com pessoa menor de 14 anos, entendida como vulnerável em razão da pouca idade. Assim, conforme defende a doutrina de Victor Eduardo Rios Gonçalves, “pouco importa que uma moça de 12 anos seja prostituta e já tenha se relacionado com outros homens. Aquele que for flagrado com ela mantendo relação sexual, ciente de sua idade, responderá pelo crime [de estupro de vulnerável]. Não há que falar em presunção relativa, capaz de afastar o enquadramento [penal]”¹³⁶.

¹³⁴ CAPEZ, Fernando - **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial; arts. 213 a 359-H. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 978-85-53602-65-0. p. 120.

¹³⁵ *Idem* – **ibidem**.

¹³⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios - **Direito penal esquematizado**: parte especial. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN978-85-02-18468-8. p. 562.

Dessa forma, urge constar que, o que a lei sempre trouxe ao presumir a violência – e agora com muito mais rigor ao trazer o conceito de vulnerabilidade – foi um dever geral, objetivo e absoluto de abstenção de se manter relações sexuais com menores de 14 anos, visando evitar a precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes.

Assim, é correto afirmar que, em outras palavras, a vulnerabilidade não admite relativizações¹³⁷, não importando o consentimento da vítima, que no caso não é válido, a experiência sexual anterior ou mesmo a prostituição infantil, que deve ser combatida de forma implacável, ou o relacionamento amoroso entre autor e vítima, fato que também é incapaz de afastar o tipo penal “estupro de vulnerável”, conforme se nota no entendimento jurisprudencial manifestado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Julgamento do Tema nº 918, vinculado ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI [Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 10/9/2015], no qual a Corte firmou entendimento no sentido de que “para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime”¹³⁸.

Não obstante observar-se a continuidade da discussão doutrinária com relação à presunção da vulnerabilidade, a nova redação do tipo penal é clara e inequívoca, não havendo, portanto, sentido em se entrar no mérito da presunção, na medida em que, de acordo com Rogério Greco, “a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador: o tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos”¹³⁹.

Nesse diapasão, resta claro que, a nova lei 12.015/2009 ao instituir esta nova modalidade de crime sexual, identificando como vulnerável a vítima com menos de 14 anos, esperava que os Tribunais e a doutrina não mais aplicassem eventual critério subjetivo na análise da vulnerabilidade, tal qual ocorria no sistema de presunções de violência existente no ordenamento penal anterior à publicação da novel.

¹³⁷ Compartilha de tal entendimento a doutrina de Cléber Masson; Fernando Capez; Rogério Greco; Vitor Eduardo Rios Gonçalves.

¹³⁸ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1289534/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma do STJ. Data do Julgamento: 23/04/2019. Publicado no DJe 10/05/2019.

¹³⁹ GRECO, Rogério - **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. ISBN 978-85-7626-662-4. p. 533.

Dessa forma, esperava-se que a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos fosse entendida sempre como absoluta, conforme defendeu a própria Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 253/2004 que, após algumas alterações, veio a se converter na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Tal lei esclareceu que, as crianças e adolescentes na faixa etária referida são sujeitos de proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, razão pela qual, “não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais”¹⁴⁰.

Assim, a nova redação do dispositivo do art. 217-A, do Código Penal Brasileiro certamente objetivou retirar em definitivo o entendimento jurisprudencial que vinha prevalecendo no sentido de entender a presunção de violência como relativa e, considerar objetivamente como crime de estupro de vulnerável a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. Restando apenas à eventual hipótese de comprovado “erro de tipo” para afastar a incidência da reprimenda penal.

Todavia, ainda que a novel Lei tenha trazido um tipo penal com um dado objetivo, qual seja, a idade da vítima, além de ter abolido o art. 224 do Código Penal que disciplinava o regime de presunção de violência contra crianças e adolescente menores de 14 anos, parte da doutrina e algumas decisões dos Tribunais pátrios ainda insistiam na defesa da relativização da vulnerabilidade. Nas palavras de Rogério Greco, tal posicionamento desconsiderava o fato de que a Lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 anos, “por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não havia, ainda, se consolidado”¹⁴¹.

Dessa forma, algumas posições doutrinárias e decisões judiciais defendiam que a Novel Lei apenas substituiu a presunção de violência do revogado art. 224 do Código Penal pela expressão “vulnerabilidade”, cabendo o mesmo raciocínio de outrora, ou seja, que circunstâncias como a maturidade da vítima, seu consentimento, sua experiência sexual

¹⁴⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios - **Direito penal esquematizado: parte especial**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN978-85-02-18468-8. p. 563.

¹⁴¹ GRECO, Rogério - **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. ISBN 978-85-7626-662-4. p. 532.

anterior ou mesmo sua promiscuidade ou prostituição poderiam relativizar a vulnerabilidade.

Para parte da doutrina que defende a relativização da vulnerabilidade¹⁴² do menor em caso de crimes sexuais sustenta que tal entendimento advém de uma interpretação sistemática do Código Penal Brasileiro com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Este último, ao tratar de forma diferenciada da responsabilidade pela prática de ato infracional por crianças (menor de 12 anos) e adolescentes (menor com 12 anos completos até os 18 anos).

Para estes autores, parece inconcebível que um adolescente (menor entre 12 e 14 anos) possa ter maturidade para experimentar a aplicação de uma medida sócioeducativa, mas não possua capacidade e/ou maturidade para administrar livremente uma escolha sexual.

Cumprе ressaltar que Guilherme de Souza Nucci entende que a proteção à criança (menor de 12 anos), deve ser considerada absoluta, ao passo que ao maior de 12 anos, a proteção deveria ser relativizada, considerando-se a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Na opinião do supracitado doutrinador, “o legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida”¹⁴³.

Assim, apesar de atualmente os tribunais brasileiros serem pacíficos em anuir com a utilização do critério objetivo da idade para imputar o ilícito penal sexual ao acusado, muitas críticas ainda subsistem a esse entendimento, principalmente pelo contexto atual de amadurecimento sexual cada vez mais precoce na adolescência.

Todavia, em que pese às críticas ao entendimento acerca da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos ser absoluta, mostra-se necessário reconhecer o apelo do legislador brasileiro para a necessidade de se proteger a criança e o adolescente presumindo a sua vulnerabilidade, vez que estes sujeitos de direito se encontram em situação de pessoa em desenvolvimento, carecendo de uma atenção especial do sistema normativo penal.

¹⁴² Compartilha de tal entendimento a doutrina de André Estefam ;Guilherme de Souza Nucci; Roberto Cezar Bitencourt.

¹⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza - **Crimes contra a dignidade sexual**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5914-2. p. 114.

3.4. Do Consentimento da Vítima com a Relação Sexual

Conforme restou demonstrado em linhas pretéritas, anteriormente à definição do tipo penal “estupro de vulnerável”, esculpido no art. 271-A, do Código Penal Brasileiro, havia grande polêmica acerca da natureza absoluta ou relativa da presunção de violência então prevista pelo revogado artigo 224 do Código Penal no que tange aos crimes sexuais envolvendo menores de 14 anos.

Assim, pela sistemática pretérita, sempre que fosse mantida relação sexual com pessoas dessa idade, a ocorrência de violência ou grave ameaça estava presumida diante da existência da norma legal (revogado art. 224, do Código Penal) presumindo tal circunstância, por considerar a incapacidade de discernimento dessas vítimas para consentir com a prática de ato sexual.

Esse sistema de “presunções de violência” gerou o nascimento de discussão acerca de ser relativa ou absoluta essa presunção, fazendo-se uso de situações fora da lei, como por exemplo, o comportamento sexual da vítima ou sua experiência sexual anterior, para reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência no caso concreto analisado.

Corroborando com tal entendimento, encontra-se o julgado abaixo colacionado, no qual o julgador entendeu pela configuração do erro de tipo, tendo em vista o “comportamento ousado e compleição física desenvolvida da vítima”:

Se dos autos não se extrai certeza de que o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 (quatorze) anos de idade, acreditando, **pelo seu comportamento ousado e compleição física desenvolvida, que a mesma era mais velha do que aparentava ser**, configurado está o erro de tipo.

- **Havendo indicativos que a vítima, à época com 13 (treze) anos de idade, possuía entendimento e maturidade sobre sua sexualidade, não sendo corrompida ou ludibriada pelo acusado, com quem manteve voluntariamente relação sexual, não há que se falar na configuração do tipo penal disposto no art. 217-A, caput, do CP.**¹⁴⁴ (Grifei).

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se citar outro julgado, proferido pela quinta câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual o Réu foi absolvido diante do entendimento de que “dos relatos (...) se extrai que a menina cedeu, em parte, aos apelos do recorrente em virtude de seu próprio desejo libidinoso e curiosidade sexual, inerente

¹⁴⁴ Apelação Criminal: 1.0317.08.095646-7/001, julgada pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Desembargador Jaubert Carneiro Jaques. Data do julgamento: 05/12/2017. Disponível em: www.tjmg.jus.br.

à produção hormonal própria da puberdade, não podendo ser considerada ingênua ou absolutamente incapaz de entender as consequências de seus atos”¹⁴⁵.

Nesse cenário, muitas vezes o consentimento da vítima, somado a possível laudo psicológico a demonstrar com segurança a maturidade biopsicossocial superior à idade cronológica da vítima, acabava por produzir a chamada atipicidade material da conduta. Logo, o fato de a vítima, ainda que menor de 14 anos, “anuir” com a prática da relação sexual poderia ter o condão de afastar a condenação por crime sexual, demonstrando a relevância penal do consentimento da vítima para a prática do ato sexual.

Todavia, com o advento do art. 217-A, tipificando o crime de “estupro de vulnerável”, restou claro que é irrelevante o fato de a vítima consentir com o ato sexual. Por menor de 14 anos, entende o legislador que a mesma não possui maturidade e capacidade para entender o significado de uma relação sexual.

Objetivando não deixar dúvidas quanto à questão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁴⁶ pacificou tal entendimento editando a **súmula 593**, cujo teor assim dispõe: “o crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”¹⁴⁷.

Ocorre que, por se tratar de súmula não vinculante, esta não obrigava os demais órgãos jurisdicionais a adotarem tal entendimento. Assim, a jurisprudência de alguns tribunais estaduais ainda permanecia oscilante sobre o tema, razão pela qual, na última edição legislativa que visava modernizar a legislação penal brasileira através da Lei 13.718/2018, acrescentou-se o parágrafo 5º ao art. 217-A, cuja redação é a seguinte: “§ 5º: as penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo [leia-se art. 217-A] aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Apelação Criminal, nº 70082487190, julgada pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relatora: Cristina Pereira Gonzales. Data do Julgado em: 20/11/2019. Data da Publicação: 27-11-2019. Disponível em: www.tjrs.jus.br

¹⁴⁶ STJ: o Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988 e é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o território brasileiro. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada. Sua competência encontra-se prevista no art. 105, da Constituição Federal brasileira. Informações disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Atribuicoes>

¹⁴⁷ **Súmula 593**, aprovada pela 3ª Seção, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 25/10/2017 e publicada no Diário Oficial da Justiça (DJe) em 06/11/2017.

¹⁴⁸ Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 217-A, §5º

Dessa forma, objetivou o legislador brasileiro com a adoção de tal dispositivo impedir a consolidação de entendimentos jurisprudenciais que afastassem a incidência do crime de estupro de vulnerável pelo fato de a vítima já ter tido experiências sexuais anteriores à ocorrência do crime ou eventual consentimento com a relação, até porque, o dispositivo referido adota o critério objetivo da idade da vítima como menor de 14 anos para caracterização de sua vulnerabilidade¹⁴⁹.

Nesse diapasão, diante dos dispositivos legais que disciplinam o tipo penal “estupro de vulnerável”, torna-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para afastar a ocorrência do delito.

3.5. Da Natureza da Ação Penal no Crime de Estupro de Vulnerável (art. 217-A, Código Penal Brasileiro)

No sistema criminal brasileiro, as ações penais condenatórias têm por referência a titularidade do direito de ação. Nesse aspecto, as ações subdividem-se em ações penais públicas e ações penais privadas, nos termos do art. 100, *caput*, do Código Penal.

As ações penais públicas, cujo titular é o Ministério Público, podem ser públicas incondicionadas ou públicas condicionadas à representação (art. 100, §1º, CP); ao passo que as ações penais privadas de titularidade do ofendido ou do seu representante legal, podem ser principais (ou exclusivas) e subsidiárias (art. 100, §3º, CP), existindo ainda as ações privadas personalíssimas.

No que tange às ações penais públicas, tem-se o seguinte:

a) A **ação penal pública incondicionada** = Nos termos do art. 24, do Código de Processo Penal (CPP¹⁵⁰), constitui a regra no ordenamento jurídico brasileiro e será sempre cabível no silêncio da Lei. É aquela de titularidade do Ministério Público, independentemente de provocação da vítima ou de seu representante legal.

b) Já a **ação penal pública condicionada à representação** = Conforme orienta o art. 24, do CPP, também é atribuída ao Ministério Público, mas sua iniciativa condiciona-se à representação da vítima ou do seu representante legal.

¹⁴⁹ Justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 618, de 2015 (PL nº 5452-B/2016 na Câmara dos Deputados). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>. Acesso em: 26/set/2019.

¹⁵⁰ CPP: Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

c) A **ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça** = De acordo com o art. 28, do CPP, exige que o Ministro da Justiça requirite ao Ministério Público que inicie a persecução criminal em algumas hipóteses legais de caráter excepcional.

Já em relação às ações penais privadas, a persecução criminal é atribuída ao particular, sendo o titular da ação penal o ofendido ou seu representante legal. Tais ações se classificam do seguinte modo:

a) **Ação penal privada propriamente dita** = De acordo com o art. 30, do CPP, aplica-se aos delitos em que o dispositivo legal traz de forma expressa que a titularidade da ação é do particular. Assim, a legitimidade para oferecer a queixa-crime é atribuída à vítima ou ao seu representante legal.

b) **Ação penal privada personalíssima** é aquela em que somente a vítima pode exercer o direito de ação. Não cabe intervenção de representante legal e nem sucessão por morte ou ausência.

c) **Ação penal privada subsidiária da pública** = É aquela em que, o primeiro titular da propositura da ação penal é o Ministério Público, porém, se este quedar-se inerte, não apresentando a denúncia nos prazos legais, o particular tem a faculdade de manejar ou não a ação, consoante disciplina o art. 29, do CPP.

Em relação ao crime de estupro de vulnerável, capitulado no art. 217-A, do Código Penal, trata-se de delito cuja natureza da ação penal será pública incondicionada, nos termos do art. 225 que assim dispõe: “nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título [leia-se crimes contra a dignidade sexual], procede-se mediante ação penal pública incondicionada”¹⁵¹.

Constata-se assim que, a partir da promulgação da Lei 13.718/2018, houve a adoção de uma política criminal voltada a uniformizar a ação penal nos crimes sexuais optando o legislador pela ação penal pública, cabendo ao Estado, através do Ministério Público, a persecução criminal, independentemente da provocação da vítima. De acordo com a justificativa assumida pelo legislativo em relação ao Projeto da futura Lei nº 13.718/2018, o silêncio da vítima acabava por contribuir para a impunidade e o aumento do número de

¹⁵¹ Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 225.

ocorrências. Daí porque, “com a atuação obrigatória do Estado, por meio da ação incondicionada, evitar-se-ia que vítimas sofressem retaliações por parte dos agressores”¹⁵².

3.5.1. Do Segredo de Justiça

No sistema jurídico brasileiro vigora o princípio da publicidade do processo consoante orientação constitucional disposta no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”¹⁵³. Assim, em regra, tem-se que os atos processuais serão públicos prestigiando o interesse público à informação.

Ocorre que, como se pôde observar pelo conteúdo do disposto no supracitado Art. 5º, Inciso LX do texto constitucional brasileiro que, em algumas situações excepcionais, autoriza-se a possibilidade de restringir a publicidade, sobretudo quando houver interesse social ou a necessidade de preservar a intimidade da parte. Também o Código de Processo Penal brasileiro traz exceções que autorizam a mitigação do princípio da publicidade como nos casos em que o decoro ou o interesse social orientam em direção ao sigilo processual (arts. 485, §1º, e 792, §1º, do Código de Processo Penal – CPP¹⁵⁴).

Nessa esteira de raciocínio, tem-se também o disposto no art. 234-B¹⁵⁵, do Código Penal como uma exceção ao princípio da publicidade, já que, nos termos do referido artigo, os processos em que se apuram os crimes sexuais correrão em segredo de justiça, tendo em vista que “a exposição da vítima pode lhe causar graves constrangimentos”¹⁵⁶.

Assim, para evitar episódios de abusos midiáticos e preservar à defesa da intimidade, imagem, honra e da vida privada das partes, tem-se a tutela do sigilo, autorizando que tais processos tramitem em segredo de justiça.

¹⁵² Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 2/2018, ao Projeto de Lei do Senado nº 618/2015 (nº 5.452/2016, nesta Casa), apresentado em 16 de maio de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132479>. Acesso em: 26/set/2019.

¹⁵³ Art. 5º, inciso LX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁵⁴ CPP: Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

¹⁵⁵ Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 234-B. “Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”.

¹⁵⁶ CAPEZ, Fernando - **Curso de direito penal, volume 3, parte especial; arts. 213 a 359-H**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 978-85-53602-65-0. p. 188.

3.6. Do Bem Jurídico Tutelado: Dignidade Sexual do Vulnerável

Insta constatar que, no direito penal brasileiro, com as modificações operadas pela Lei nº 12.015/2009, ocorreu uma mudança no foco da tutela jurídica, assegurando a proteção da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual.

Conforme restou demonstrado em linhas pretéritas, tal mudança levou em conta a evolução da sociedade, até porque, como sustenta Luiz Regis Prado “o poder legiferante, com a criação dos tipos penais, faz uma opção que reflete o espírito de sua época”¹⁵⁷. Assim, os “novos tempos” exigiram a proteção da dignidade do indivíduo e não mais dos “bons costumes”.

Nesse cenário, a proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, aparece como uma preocupação constante do Estado brasileiro, consoante as garantias constitucionais asseguradas no art. 227, *caput*, c/c §4º, da Constituição Federal de 1988¹⁵⁸, além do disposto nos instrumentos internacionais os quais o Brasil se comprometeu em aplicar.

Desse modo, o estupro de vulnerável é crime cujo bem jurídico tutelado é a dignidade sexual das pessoas vulneráveis que necessitam da proteção do Estado e da sociedade, que devem tutelar a formação da personalidade e do amadurecimento sexual desses indivíduos para que não sofram consequências tanto físicas quanto psíquicas de uma iniciação sexual precoce e sem reflexão madura e segura. Por tal razão, a jurisprudência do STJ afirma que: “atos ou comportamento de natureza sexual perpetrados por crianças e adolescentes, ainda que aparentemente voluntários ou consentidos, (...) devem ser tratados dentro da vulnerabilidade e da imaturidade que são (presumidamente) peculiares a uma fase do desenvolvimento humano ainda incompleto”¹⁵⁹.

Assim, pode-se afirmar que, a tutela da dignidade sexual das crianças menores de 14 anos, entendidas pelo legislador brasileiro como vulneráveis, está diretamente ligada à

¹⁵⁷ PRADO, Luiz Regis - **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8214-0. p. 91.

¹⁵⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 227: “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”. Art. 227, § 4º: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

¹⁵⁹ REsp 1464450/SC. Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado pela Quinta Turma do STJ. Data do julgamento: 17/08/2017. Publicado no DJe 23/08/2017.

“liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra a sua personalidade”¹⁶⁰.

Ademais disso, nos termos do art. 1º, inciso III, do texto constitucional, o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Assim, a tutela da dignidade sexual decorre do princípio da dignidade do ser humano, que se irradia sobre todo o sistema jurídico brasileiro, mostrando-se com uma “referência constitucional unificadora dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”¹⁶¹.

Nessa esteira de raciocínio, a dignidade sexual, enquanto um conjunto de fatos e ocorrências ligadas à sexualidade de cada um, diz respeito à autoestima do ser humano, em sua íntima e privada vida sexual, admitindo-se apenas a ingerência estatal para coibir atuações violentas contra adultos e agressivas à formação de crianças e jovens.¹⁶²

Assim, no campo da dignidade sexual, os relacionamentos sexuais integram a parcela da intimidade, da honra e da vida privada do indivíduo, garantias constitucionais asseguradas no art. 5º, Inciso X, da Constituição Federal¹⁶³, inadmitindo qualquer intervenção alheia que seja invasora de tais direitos, além de não se tolerar relação sexual não consentida e com o emprego da força, violência ou grave ameaça. Logo, nas palavras de Nucci, “o ponto específico de tutela penal, enfim, é a coerção não consentida para o ato sexual”¹⁶⁴.

Também, no que tange ao bem jurídico protegido no caso do crime de estupro de vulnerável, tem-se a tutela da formação livre e sadia das crianças e adolescentes no que tange às questões do sexo, resguardando seu adequado amadurecimento sexual, razão pela qual sustenta a jurisprudência que “não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais”¹⁶⁵.

Ademais disso, consoante doutrina de Guilherme de Souza Nucci, ao eleger como bem jurídico a tutela da dignidade sexual, buscou-se proteger a respeitabilidade do ser humano em

¹⁶⁰ CAPEZ, Fernando - **Curso de direito penal, volume 3, parte especial; arts. 213 a 359-H**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 978-85-53602-65-0. p. 73.

¹⁶¹ CAPEZ, Fernando – Idem - Ibidem.

¹⁶² NUCCI, Guilherme de Souza - **Crimes contra a dignidade sexual**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5914-2. p. 32.

¹⁶³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza - **Crimes contra a dignidade sexual**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5914-2. p. 31.

¹⁶⁵ REsp 1480881/PI. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgamento realizado pela Terceira Seção do STJ em 26/08/2015 e publicado no DJe 10/09/2015.

matéria sexual, voltando-se com maior zelo ainda a atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 14 anos¹⁶⁶, até porque, tal faixa etária evidencia um seguimento da população que é física, biológica; social e psiquicamente fragilizados e/ou vulnerabilizados, reforçando a necessidade de tutela penal estatal.

Diane de tal cenário, a jurisprudência pátria aduz que a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger as crianças e adolescentes enquanto seres vulneráveis. Por tal razão, tem-se o entendimento jurisprudencial destacado: “no caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar”.¹⁶⁷.

Ademais, urge ressaltar que, ao eleger a dignidade sexual como bem jurídico tutelado nos crimes sexuais, o legislador brasileiro optou por destacar à proteção do ser humano em sua vertente mais importante que é a da dignidade da pessoa humana, levando em especial consideração o vulnerável menor de 14 anos, considerado pelo legislador brasileiro como indivíduo com incompleto desenvolvimento físico e psíquico, incapaz de dimensionar as consequências de uma iniciação sexual precoce.

3.7. Do Tipo Objetivo do Ilícito

Conforme dito anteriormente, em relação ao tipo penal brasileiro, pretende-se analisar o crime disciplinado no *Caput*, do Art. 217-A, do Código Penal (Estupro de Vulnerável), cuja conduta típica consiste em *ter* conjunção carnal ou *praticar* outro ato libidinoso com *menor de 14 (catorze) anos*, destacando-se, assim, os seguintes elementos:

- a) A conduta de *ter* conjunção carnal
- b) Ou *praticar* outro ato libidinoso
- c) Com pessoa *menor de 14 (catorze) anos*.

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza - **Crimes contra a dignidade sexual**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5914-2. p. 20.

¹⁶⁷ REsp 1480881/PI. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgamento realizado pela Terceira Seção do STJ em 26/08/2015 e publicado no DJe 10/09/2015.

Conjunção carnal: Consiste na cópula vagínica¹⁶⁸, ou seja, a introdução do órgão genital masculino (pênis) na cavidade vaginal feminina.

Ato libidinoso: Compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. Luiz Régis Prado cita como exemplos de atos libidinosos a “*fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (sexo oral); o coito anal, *inter femora*; a masturbação, os toques e apalpadelas do pudendo e dos membros inferiores; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, dentro outros”¹⁶⁹.

Observe-se que o delito em questão não exige que a prática do ato sexual se dê mediante o uso de violência ou grave ameaça para que se preencham as elementares do tipo penal, na medida em que, o núcleo “**ter**” que “significa alcançar, conseguir, obter algo”, previsto no tipo penal, não exige que a conduta seja cometida através de violência ou ameaça grave, ao contrário do verbo “constranger”, cujo significado é “tolher a liberdade, forçar ou coagir a que se faça algo.

Cumpra-se destacar que, a **violência** exigida para a consumação dos delitos sexuais no ordenamento jurídico brasileiro é a violência real, ou seja, aquela na qual se utiliza o emprego de força física capaz de impedir a capacidade de agir da vítima, submetendo-a de maneira absoluta ao poder do agente, tornando a sua oposição e resistência ineficaz, impedindo-a de se desvencilhar do injusto penal.

Já a **grave ameaça** é aquela que causa grande temor à vítima, possuindo força intimidatória capaz de anular sua capacidade volitiva. Implica na manifestação de palavras, atos ou sinais do propósito de causar mal a alguém¹⁷⁰, não restando alternativa à vítima senão ceder à realização do ato sexual.

¹⁶⁸ Segundo o Dicionário Online de Português, a conjunção carnal é “também chamada de cópula vagínica ou cópula vaginal. Outras denominações, como ato sexual “normal”, relação sexual “normal” entre homem e mulher, traduzem, evidentemente, um forte conteúdo de padronização da sexualidade como se todos os demais atos inerentes à sexualidade humana deveriam ser considerados anormais, o que não se harmoniza com a compreensão da sexualidade como atributo da pessoa, não enquadrável em parâmetros de moralidade pública”. (conjunção carnal in: Dicionário InFormal Online [em linha]. Brasil, 2006-2019. [Consult. 30. Jun. 2019]. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/conjun%C3%A7%C3%A3o%20carnal/>

¹⁶⁹ PRADO, Luiz Régis - **Curso de direito penal brasileiro, Vol. 2: Parte Especial: arts. 121 a 249**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-203-3192-7. p. 645.

¹⁷⁰ De acordo com Capez, “o mal prometido pode ser direto (contra a própria vítima) ou indireto (contra terceiros ligados à vítima); justo (denunciar crimes praticados pela vítima) ou injusto (anunciar que vai matá-la); e deve ser analisado sob o ponto de vista da vítima, ou seja, tendo em conta suas condições físicas e psíquicas; uma senhora de idade, um enfermo ou uma criança são muito mais suscetíveis que uma jovem que possui plena capacidade física e mental. Cada caso exigirá uma análise individual”. (CAPEZ, Fernando - **Curso de direito penal. Vol. 3. Parte Especial: arts 213 a 359-H**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 976-85-53602-65-0. p. 81).

Assim, se o agente constrange *alguém* a ter com ele conjunção carnal ou a *praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*, mediante o uso de grave ameaça ou violência, incorrerá na prática do crime de estupro, descrito no art. 213, do Código Penal Brasileiro. Por outro lado, haverá o “crime de violação sexual mediante fraude”, previsto no art. 215 no caso de o agente manter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.¹⁷¹

3.7.1. Elemento subjetivo do tipo

Corresponde ao dolo, consistente na consciência e vontade de constranger o menor de 14 anos à prática de relações sexuais consubstanciada na conjunção carnal e/ou outro ato libidinoso. Não se admite a modalidade culposa por ausência de disposição legal.

3.7.2. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa (crime comum), tanto homem quanto mulher, tendo em vista que o tipo penal inclui além da prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, possibilitando, dessa forma, que a mulher também seja autora do delito.

Ademais, cumpre ressaltar que, na hipótese de o agente (autor do delito) ser menor de 18 anos, embora penalmente inimputável por força de disposição constitucional prevista no art. 228 da Constituição Federal Brasileira¹⁷², cometerá ato infracional equiparado a delito hediondo, sujeitando-se as medidas sócioeducativas previstas na Lei 8.069/1990, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Já o sujeito passivo é o vulnerável menor de 14 (catorze) anos, tanto o homem quanto a mulher. Conforme dispõe o *caput* do art. 217-A, do Código Penal, a idade (menor de 14 anos) implica num critério objetivo estabelecido pela Lei. O legislador entendeu que a pessoa que ainda não completou catorze anos não tem maturidade suficiente para decidir se relacionar sexualmente. Desse modo, tanto a conjunção carnal quanto outro ato libidinoso,

¹⁷¹ CAPEZ, Fernando - **Curso de Direito Penal. Vol. 3. Parte Especial: arts 213 a 359-H**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 976-85-53602-65-0. p. 121.

¹⁷² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 228. “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

praticado com menor de catorze anos, mesmo que consentido¹⁷³, implica na prática do tipo penal em exame.

3.7.3. Da Classificação do Tipo Penal

Segundo entendimento doutrinário aqui representado por Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 931)¹⁷⁴, o delito de estupro de vulnerável tipificado no art. 217-A, do Código Penal, pode ser classificado como:

- 1) **Crime Comum** = Aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa;
- 2) **Crime Doloso** = Aquele que exige o dolo na conduta do agente consistente na consciência e vontade de praticar com o menor de 14 anos, relações sexuais consubstanciada na conjunção carnal e/ou outro ato libidinoso. Não há previsão de modalidade culposa.
- 3) **Delito de Forma Livre** = Aquele que pode ser cometido através de qualquer ato libidinoso. Exemplo: conjunção carnal; sexo oral; sexo anal, etc.;
- 4) **Infração Plurissubsistente** = Aquela que costuma se realizar, como regra, por meio de vários atos.
- 5) **Crime Comissivo** = Aquele em que o agente direciona sua conduta (ação positiva) para a prática do ilícito. Excepcionalmente, pode ser também **crime comissivo por omissão ou omissivos impróprios**, que são delitos de ação, porém praticados, em regra, por omissão, restrita aos casos de quem tem o “dever especial de proteção”, ou seja, aquele em que o agente se encontre na posição de garante ou garantidor tendo a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância e de impedir o resultado crime, aplicando-se o Art.13, § 2º, do Código Penal Brasileiro¹⁷⁵;
- 6) **Delito Instantâneo** = Aquele que cuja consumação se dá com uma única conduta, que não produz um resultado prolongado no tempo. Assim, o resultado é instantâneo,

¹⁷³ Conforme dito anteriormente, buscando sanar discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, em 25 de outubro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou a súmula 593 que assim dispõe: “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”.

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza - **Código Penal comentado**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3650-2. p. 931.

¹⁷⁵ Segundo dispõe o Art. 13, § 2º, do Código Penal: § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

tão logo a consumação do delito ocorra, ainda que a ação possa ser arrastada o tempo;

- 7) **Delito Unissubjetivo** = Aquele que pode ser praticado por um só agente.
- 8) **Crime de Dano** = Aquele que se consuma com a efetiva lesão ao bem jurídico protegido. Nesse ponto, faz-se necessário ressaltar que, tal entendimento é agasalhado pelo criminalista Guilherme de Souza Nucci, doutrinador que costuma defender posições minoritárias dentro do direito brasileiro. Nesse sentido, a doutrina brasileira, em regra, pouco se manifesta a respeito de ser o “estupro de vulnerável” crime de dano ou de perigo. Essa é uma discussão pouco apresentada pelos autores criminais do Brasil.

De todo modo, urge acrescentar que, não se pode compactuar com o posicionamento de Nucci, tendo em vista que, salvo melhor juízo, entende-se que o delito em análise é “**crime de perigo abstrato**”, aquele que para a sua consumação, basta que o agente pratique a conduta típica, porquanto o perigo é presumido *juris et de jure*; nele o perigo não precisa ser provado, pois a própria prática o pressupõe.

Nesse diapasão, concorda-se com a defesa de Thiago Baldani Gomes de Filippo que assim se manifesta sobre o tema, “(...) com o devido respeito à posição que sustenta ser o estupro de vulnerável um crime de dano, por ser evidente que a prática de atos libidinosos com vítimas vulneráveis acarreta à estas abalos psicológicos e outras consequências graves, parece ser inegável que o crime do art. 217-A do CP consuma-se *independentemente de prova dessas consequências*, sendo incabível, portanto, classificá-lo como tal. Ao revés, a proibição da prática sexual com as pessoas ali elencadas fundamenta-se justamente na *presunção* desses abalos psicológicos. Se *presunção de periculosidade ex ante* existe, trata-se de crime de perigo abstrato, cuja consumação independe da produção efetiva desses danos¹⁷⁶”.

Assim, na esteira de compreensão oposta ao defendido por Nucci, entende-se que o “estupro de vulnerável” é crime de perigo abstrato, no qual o Estado visa a punir o agente a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado, antecipando-se o legislador à probabilidade de ofensa ao bem jurídico tutelado de modo concreto.

¹⁷⁶ FELIPPO, Thiago Baldani Gomes – **Periculosidade também importa em crime de perigo abstrato**. [Em linha]. São Paulo: CONJUR - Revista Consultor Jurídico, 2016. [Consult. 02 Jan. 2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-10/thiago-filippo-periculosidade-tambem-importa-crime-perigo-abstrato>

Desse modo, a exemplo do que ocorre em Portugal, compreende-se que, no caso dos crimes contra a sexualidade, cuja vítima é uma criança, a opção do legislador, ao definir a idade de 14 anos, parte da premissa de que, os atos de cariz sexual, praticados abaixo dessa idade, são sempre prejudiciais para o desenvolvimento do menor.

3.7.4. Do Erro de Tipo

O chamado “erro de tipo” recebe tratamento legal no art. 20, do Código Penal, assim redigido: “o erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”. Assim, em resumo, para sua configuração faz-se necessário que o agente, ao praticar a conduta formalmente típica, tenha incidido em erro, ou seja, em uma falsa representação da realidade, ignorando os elementos objetivos do tipo.

Desse modo, o “erro de tipo” ocorre quando o indivíduo ao cometer o fato não conhece uma circunstância que pertence ao tipo legal, como por exemplo, a idade da vítima menor de 14 anos com a qual está se relacionando. Nesse caso, o agente desconhece a idade do ofendido, ignorando a elementar do tipo porque pensava que a moça que concordou em ter com ele relação sexual, já tinha 14 anos ou mais, por ter ela mentido a idade e ter desenvolvimento corporal precoce, além de ter-lhe apresentado documentos civis que comprovavam sua maioridade, não tendo como o agente saber que se tratava de documentos falsos.

No direito penal brasileiro, existe o chamado “*erro de tipo invencível*” (escusável, justificável, inevitável) “*erro de tipo vencível*” (inescusável, injustificável, evitável), nos termos do que dispõe o art. 20, §1º, do Código Penal: “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”.

Segundo leciona Rogério Greco, o erro de tipo será invencível quando o agente, mesmo tomando todas as cautelas, se encontrava em determinada situação e circunstância que não tinha como evitá-lo. É, portanto, o erro que, naquelas condições, qualquer pessoa incorreria, hipótese aceita pela jurisprudência, a exemplo do ocorrido no julgamento do Recurso Especial 1746712/MG, de Relatoria do Ministro Jorge Mussi da Quinta Turma do STJ que assim se pronunciou: “(...) 3. o desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, mediante a

ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP)”¹⁷⁷. Nesse caso, provando-se ser o erro invencível, afasta-se o dolo e a culpa, culminando na atipicidade da conduta¹⁷⁸.

Obviamente que a simples alegação acerca do desconhecimento da idade da vítima não afastará de imediato o dolo do agente. Apenas o erro de tipo devidamente comprovado, conforme as circunstâncias do caso concreto, possui o condão de afastar o delito, ou seja, quando o agente provar que, por erro plenamente justificado ignorava a existência da elementar típica.

Nesse diapasão, a jurisprudência pátria é firme no sentido de exigir a comprovação do erro de tipo, não admitindo simples alegações genéricas e convenientes com vistas a afastar a responsabilização penal, como se observa no Acórdão do julgamento de Agravo Regimental 1756188/SP de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz da Sexta Turma do STJ, “(...) 4. o erro quanto ao elemento objetivo do tipo deve ser inescusável e que, aceitar, com largueza, a incidência dessa excludente de tipicidade nos delitos de natureza sexual pode, com muita facilidade e conveniência, definir a responsabilidade penal do ato a partir da avaliação subjetiva do agente sobre o corpo da vítima”¹⁷⁹.

3.8. Da Pena

O Estado possui o dever/poder de aplicar sanção àquele que viola o ordenamento jurídico-penal pátrio. Trata-se do chamado “*ius puniendi*”, expressão latina cuja tradução significa o “direito de punir”, eis aí a razão da existência da pena no direito penal. Assim, nas palavras de Rogério Greco, “a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado fazer valer o seu *ius puniendi*”¹⁸⁰.

Nesse sentido, tratando-se das reprimendas impostas àquele agente que pratica o crime de estupro de vulnerável, na forma simples, conforme previsão constante no *caput* e no §1º, do art. 217-A do Código Penal Brasileiro, aplica-se a pena de reclusão de 8 a 15 anos, ao passo que, no caso do crime ser praticado na forma qualificada, como dispõe os §§ 3º e 4º, do art. 217-A, aplica-se a pena de reclusão de 10 a 20 anos se da conduta resultar lesão corporal

¹⁷⁷ REsp 1746712/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi, julgamento na Quinta Turma do STJ, ocorrido no dia 14/08/2018 e publicado no DJe 22/08/2018.

¹⁷⁸ GRECO, Rogério - **Curso de Direito Penal: parte geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. ISBN 978-85-7626-230-5. p. 301.

¹⁷⁹ AgRg no REsp 1756188/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgamento na Sexta Turma do STJ, ocorrido em 18/06/2019 e publicado no DJe 27/06/2019.

¹⁸⁰ GRECO, Rogério - **Curso de direito penal. Parte geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. ISBN 978-85-7626-230-5. p. 485.

de natureza grave; e a pena de reclusão de 12 a 30 anos em caso de morte decorrente da conduta do agente.

Cumprе ressaltar que, de acordo com explicação de Rogério Greco, esses resultados que qualificam a infração penal somente podem ser imputados ao agente a título de culpa. Logo, se o agente dirigiu sua conduta no sentido de estuprar a vítima, eventual resultado além desse, lhe será atribuído culposamente¹⁸¹.

Cabe registrar que, conforme narrativa pretérita, o estupro de vulnerável, na forma simples (art. 217-A, caput e §1º) e qualificada (art. 217-A, §§ 3º e 4º) é considerado crime hediondo, nos termos do art. 1º, inciso VI, da Lei 8.072/1990 (lei dos Crimes Hediondos). Registre-se, ainda que, com o advento da Lei nº 13.718/2018, foi acrescentado o §5º ao art. 217-A, com a seguinte redação:

§ 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)

3.8.1. Das Causas de Aumento de Pena

Conforme a redação do art. 226, do Diploma Penal Brasileiro, tem-se as seguintes causas geradoras de aumento de pena, no caso da prática de crimes sexuais:

Art. 226. **A pena é aumentada:** (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

I – **de quarta parte**, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II - **de metade**, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;

III - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IV - **de 1/3** (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes (**Estupro Coletivo**);

b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima. (**Estupro Corretivo**).

Ademais, cumpre consignar a existência de outras causas de aumento de pena no caso da prática de crimes sexuais, incluídos pela redação da Lei 13.718, de 2018, conforme disposto no art. 234-A.

Art. 234-A. **Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I – (VETADO);

II – (VETADO);

¹⁸¹ GRECO, Rogério - **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. ISBN 978-85-7626-662-4. p. 541.

III - **de metade a 2/3** (dois terços), se do crime resulta gravidez; (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018)

IV - **de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços)**, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência. (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018)

Ressalte-se que, de acordo com a explicação de Fernando Capez, no caso do inciso III, basta que, do crime de estupro de vulnerável resulte a aludida gravidez para a vítima para que ocorra o aumento da pena, não sendo necessário que o “resultado gravidez” seja abrangido pelo dolo do agente¹⁸².

Ademais, cabe acrescentar que, nos termos do art. 28, do Código Penal¹⁸³, permite-se o aborto quando a gravidez é resultado de estupro, sendo lícito também o aborto em quase de gravidez decorrente de estupro de vulnerável.

¹⁸² CAPEZ, Fernando - **Curso de direito penal. Vol. 3. Parte Especial: arts 213 a 359-H**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 976-85-53602-65-0. p. 187.

¹⁸³ Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 128: “Não se pune o aborto praticado por médico”: **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro** – “II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

CAPÍTULO 4

4. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS TIPOS PENAIIS DO ART. 171º DO CÓDIGO PENAL DE PORTUGAL E DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Tendo como objetivo realizar uma análise comparativa entre o tipo penal disciplinado no art. 171º, n.ºs 1 e 2 (Abuso Sexual de Crianças) do Código Penal Português e o crime tipificado no *caput* do art. 217-A (Estupro de Vulnerável), do Diploma Penal Brasileiro, entende-se como necessário apresentar alguns apontamentos sobre o “Direito Comparado, ainda que o presente estudo não faça uso dessa metodologia.

4.1. Alguns Apontamentos sobre o Direito Comparado

Pode-se afirmar que, “direito comparado” é uma expressão resultado da junção de dois termos distintos: “direito”, que, em linhas gerais e em relação ao tema aqui apresentado, se refere a um sistema jurídico, ao conjunto de normas jurídicas vigentes em um país; e o termo “comparado”, cujo sentido remonta à idéia de comparação, cotejamento, confrontação, buscando por semelhanças e/ou diferenças entre objetos comuns pesquisados. Por essa razão, segundo, Carlos Ferreira de Almeida, numa primeira noção, pode-se dizer que, “o direito comparado (ou estudo comparativo de direitos) é a disciplina jurídica que tem por objecto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas”¹⁸⁴.

Já Dário Moura Vicente parte do princípio de que o direito comparado é uma espécie de “comparação de direitos”, razão pela qual sustenta o autor que, “chama-se Direito Comparado o ramo da Ciência Jurídica que tem por objeto o Direito na sua pluralidade e diversidade de expressões culturais e procede ao estudo comparativo destas”¹⁸⁵.

Desse modo, percebe-se que o chamado “direito comparado” não é um ramo do direito, mas antes um método de interpretação e/ou disciplina jurídica que procura esclarecer o significado de certos institutos jurídicos, normas e conceitos através da pesquisa de vários ordenamentos jurídicos, identificando suas semelhanças e diferenças.

Seguindo nessa linha de raciocínio, Inocêncio Mártires Coelho assevera que “o direito comparado, essencialmente, é apenas um processo de busca e constatação de pontos comuns

¹⁸⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de - **Introdução ao direito comparado**. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1998, p. 9.

¹⁸⁵ VICENTE, Dário Moura - **Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral**. Vol. I. 4º ed. São Paulo: Almedina, 2018. ISBN978-85-8493-436-2. p. 18.

ou divergentes, entre distintos sistemas jurídicos, a ser utilizado pelo intérprete como um recurso a mais para aprimorar o trabalho hermenêutico¹⁸⁶”.

Dessa forma, constata-se que em relação à noção de direito comparado tem-se que, trata-se de um meio de estudo que se baseia no confronto sistemático das diferentes expressões jurídicas em análise, buscando suas similitudes ou dissimilitudes, podendo ocorrer, de acordo com a doutrina juscomparativista, através de duas modalidades de comparação jurídica: a “macrocomparação” que é a comparação entre sistemas jurídicos de países diferentes; e a “microcomparação” que se realiza por meio da comparação entre institutos jurídicos de ordens jurídicas diferentes.

Nesse sentido, o constitucionalista português Jorge Miranda esclarece que, a microcomparação “tem por objecto o exame das partículas jurídicas elementares que formam as ordens jurídicas. São os micro-elementos”, ao passo que a macrocomparação “tem por objecto o estudo de uma grande estrutura e, designadamente, as estruturas determinantes e as ordens jurídicas enquanto tais”.

Nesse diapasão, na primeira modalidade de comparação, examinam-se instituições ou regras jurídicas, enquanto na segunda modalidade, investigam-se as “grandes estruturas fundamentais, bem como o perfil característico das ordens jurídicas a fim de salientar as famílias e os grandes sistemas jurídicos¹⁸⁷”.

No que tange às principais funções do Direito Comparado, urge também pontuar a compreensão de Jorge Miranda que destaca que o direito comparado “é necessário para descrever e explicar as similitudes e as dissimilitudes entre as ordens jurídicas, para as estruturar segundo elementos de localização e de difusão, para proceder a agrupamentos e classificações, para, eventualmente, propor princípios comuns, para, enfim, tudo expor de modo objectivo e científico.” E tratando-se do Direito Constitucional Comparado, o objetivo central seria “captar o sentido específico de cada Constituição em face das demais e captar o que há de essencial na unidade e na diversidade entre elas¹⁸⁸”. Também Dário Moura Vicente apresenta outras funções do Direito Comparado, tais como, ser fator de enriquecimento cultural do jurista e de reforço de seu espírito crítico; ser o esteio do desenvolvimento

¹⁸⁶ COELHO, Inocêncio Mártires - Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. **Caderno Virtual**. Brasília, vol. 2. Nº 8 (2004), p. 11.

¹⁸⁷ MIRANDA, Jorge - Sobre o Direito Constitucional Comparado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, vol. 55 (abr. 2006), p. 243.

¹⁸⁸ MIRANDA, Jorge MIRANDA, Jorge - Sobre o Direito Constitucional Comparado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, vol. 55 (abr. 2006), p. 243.

jurisprudencial do direito nacional, buscando soluções de outros sistemas jurídicos para casos concretos nacionais; servir de inspiração para as reformas legislativas locais; possibilitar a descoberta de princípios comuns aos diferentes sistemas jurídicos; dentre outras funções de igual relevância¹⁸⁹.

Dentro desse contexto, constata-se que, no mundo globalizado dos dias atuais, a integração entre os países têm aumentado cada vez mais, despertando assim o interesse pelo estudo de questões jurídicas e internacionais através da disciplina do Direito Comparado. Tal constatação sugere que o comparatismo jurídico deverá florescer e difundir-se de modo significativo, até porque, a queda das barreiras físicas, intelectuais e comerciais, a abertura para novos idiomas, os incentivos para o intercâmbio acadêmico internacional, a formação de blocos econômico-político-jurídicos, a revolução das novas tecnologias, as facilidades de transporte internacional e o compartilhamento de conhecimentos através da *internet*, certamente promoverá um processo de fortalecimento do Direito Comparado.

No caso do presente estudo, pode-se afirmar que, desde os primórdios, Brasil e Portugal estão intimamente ligados e, apesar das diferenças culturais e legislativas hoje existentes, o exame em tela procura apresentar as semelhanças e diferenças entre as legislações dos dois países no tocante aos crimes de Abuso Sexual de Crianças e o Estupro de Vulnerável, sem, contudo, proceder a uma análise a partir da metodologia do direito comparado, tendo em vista que, conforme restou demonstrado em linhas pretéritas, o “Direito Comparado” é uma técnica que exigiria um confronto crítico de cada instituto, o que não foi realizado no presente estudo.

4.2. Análise Comparativa dos Delitos Selecionados no Ordenamento Jurídico de Portugal e do Brasil

De acordo com a construção narrativa dos Capítulos 2 e 3 do presente trabalho, restou estabelecidos os delineamentos básicos dos dois delitos em análise no sistema jurídico penal de Portugal e do Brasil, cumpre agora estabelecer os pontos de similitudes e dissimilitudes entre os elementos constitutivos dos tipos penais Abuso Sexual de Crianças e Estupro de Vulnerável

Cumprе ressaltar ainda que, o texto da presente análise comparativa baseia-se no formato do conteúdo escrito do estudo comparado dos sistemas processuais penais do Brasil e

¹⁸⁹ VICENTE, Dário Moura - **Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral**. Vol. I. 4º ed. São Paulo: Almedina, 2018. ISBN978-85-8493-436-2. p. 20-30.

de Portugal, de autoria de L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho e Nuno Brandão, no qual os autores realizaram um trabalho comparativo entre o direito processual penal brasileiro e o português “segundo as variáveis da preponderância ou não, do sistema acusatório e da medida de participação dos sujeitos processuais”, buscando “detectar a presença, ou não, em maior ou menor grau, de instrumentos autoritários de persecução penal, ou, ao contrário, de institutos que garantam um sistema processual penal democrático”¹⁹⁰.

4.2.1. Da Terminologia e do Conteúdo dos Crimes em Análise: Abuso Sexual de Crianças e Estupro de Vulnerável.

A primeira distinção que merece destaque no presente estudo refere-se à terminologia dos delitos em análise. Embora os tipos penais em evidência apontem para a prática de crimes sexuais contra crianças de até 14 anos de idade, a nomenclatura e o conteúdo de cada tipo apresenta diferenças que merecem realce.

Nesse sentido, cumpre apontar que, em relação ao delito português, “abuso sexual de crianças”, disposto no art. 171º do Código Penal Lusitano, tem-se o conteúdo que tipifica condutas distintas penalmente e puníveis relativamente a atividades sexuais praticadas “contra”; “em” ou “com” menores de quatorze anos de idade, estabelecendo molduras penais diferentes, conforme o ato sexual de relevo praticado seja “**SIMPLES**” ou “**QUALIFICADO**”.

Embora o termo “ato sexual de relevo” possua uma designação indeterminada pelo legislador português, a doutrina e a jurisprudência entendem tratar-se de práticas relacionadas ao sexo de forma relevante e mais gravosa, implicando em certos comportamentos que assumem maior gravidade, razão pela qual são punidos com penas mais elevadas.

Assim, a ação, para ser classificada como de relevo, terá de ser intensa e grave, traduzindo desejos sexuais que violam a autodeterminação sexual da vítima infantil. É o carácter grave, de ‘importância’ do acto que o torna notório e de relevância para o tipo penal em análise¹⁹¹.

¹⁹⁰ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno - Sistemas processuais do Brasil e de Portugal – estudo comparado. In: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3668-8. p. 11-12.

¹⁹¹ No mesmo sentido Processo: 362/09.4GDSNT.L1-9, do Tribunal da Relação de Lisboa. [em linha]. Relatora: Filipa Costa Lourenço. Data do Acórdão: 15/05/2014. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0f4fe6170a30c29780257cde003777a0?OpenDocument>).

Nesse diapasão, o delito lusitano parte da idéia de que o conceito de abuso sexual infantil implica em condutas realizadas sem o exercício de violência, força ou tirania por parte do sujeito ativo, mas que, diante da idade da vítima (menor de 14 anos) causam danos à livre evolução de sua personalidade, em particular na esfera sexual, sobretudo em razão da incapacidade emocional ou cognitiva da criança para compreender o conteúdo do ato abusador de que está sendo vítima. Sendo certo que o *quantum* das penas reflete-se na gravidade do ato, na medida em que a pena para o abuso será mais elevada se este é acompanhado de ato sexual de relevo qualificado, nos termos do art. 171º, nº 2, do Código Penal.

Por outro lado, em relação ao delito brasileiro, o art. 217-A do Código Penal estabelece como crime, objetivamente, o ato de manter relações sexuais com uma das pessoas vulneráveis elencadas no tipo penal, tipificando condutas sexuais que, a exemplo do delito português, embora praticadas sem violência ou grave ameaça, implicam em atos criminosos por violar a dignidade sexual de indivíduos vulneráveis, seja pela idade, por enfermidade ou deficiência mental ou ainda pelo fato da vítima não conseguir oferecer resistência ao ato sexual transgressor. Assim, observa-se que, no caso brasileiro, o termo “vulnerável” é que ganha destaque.

Por vulnerável, conforme restou sublinhado em linhas pretéritas tem-se que, de acordo com o dicionário Aurélio, tal vocábulo designa “a qualidade de ser vulnerável; aquele que pode ser vulnerado; alguém ou algo que pode ser atacado”¹⁹².

Seguindo nessa linha de raciocínio, as pessoas vulneráveis são aquelas que, por diversas razões, não têm a capacidade de prevenir, resistir e de contornar potenciais impactos, e que, por conseguinte, se encontram em situação de risco, de fragilidade e de perigo. Nesse contexto, a idade faz de crianças e adolescentes um grupo particularmente vulnerável, devido à sua fragilidade física, emocional e pelo seu elevado grau de dependência.

Assim, o emprego do termo “vulnerável” serve para qualificar o indivíduo que se encontra em uma situação ou posição física ou moral que o torna mais frágil do que outrem, destacando-se, no caso da proteção penal da sexualidade no Brasil, as condições de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos de crimes sexuais, daí o tipo penal “estupro de vulnerável”.

¹⁹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - **Aurélio Júnior: dicionário escolar da língua portuguesa**. 2ª Ed. Curitiba: Editora Positivo, 2011. ISBN 978-85-385-4735-8, p.915.

Já no que tange às condutas que preenchem a moldura dos delitos, tem-se no caso português que o supracitado normativo, art. 171º nº 1 e 2, objeto do presente estudo, prevê dois atos distintos que, quando praticados, implicam na ocorrência do crime de “abuso sexual de crianças”, sendo eles: praticar o agente ato sexual de relevo “com” ou “em” menor de 14 anos ou levar o menor a praticá-lo com outra pessoa (art. 171º, nº 1); cabendo ainda um aumento de pena no caso de o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos (art. 171º, nº 2).

Por outro lado, no que diz respeito ao delito brasileiro, disciplinado no art. 217-A, do Código Penal, objeto da presente análise, tem-se que, o normativo supracitado prevê uma conduta que preenche a moldura criminal do delito de “Estupro de Vulnerável”, qual seja, a infração consubstanciada na prática de “ter conjunção carnal” OU praticar outro “ato libidinoso” com menor de 14 anos (art. 217-A, *caput*).

Se em relação ao delito português, o conceito chave para abordar o crime é o termo “ato sexual de relevo”, no caso da infração penal sexual brasileira, o conceito chave diz respeito aos vocábulos “conjunção carnal” e “ato libidinoso”, sendo certo que, no que diz respeito ao primeiro termo, entende-se a introdução do pênis masculino na vagina feminina, ao passo que o chamado “ato libidinoso” compreende as demais formas de realização do ato sexual, como por exemplo, o sexo oral, o coito anal, a masturbação, a contemplação lasciva, dentre outros.

Outra diferença que merece registro em relação à análise comparativa dos dois delitos em análise tem-se o fato de que, o crime brasileiro é considerado hediondo, consoante informa o art. 1º, Inciso VI, da Lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos). Conforme restou explicitado em linhas pretéritas, o termo “hediondo” é utilizado para os delitos assim definidos pelo poder legislativo brasileiro, justamente porque são atos que causam profunda repugnância na sociedade por ofender de forma grave valores sociais e morais legítimos, violando, em última instância, a dignidade da pessoa humana.

No caso do sistema penal de Portugal, não existe a figura do crime hediondo nos termos descritos pela legislação normativa do Parlamento brasileiro.

Por fim, no que diz respeito à nomenclatura e conteúdo dos delitos em análise, cumpre registrar que, de modo semelhante, ainda que se possa aventar a possibilidade de enquadramento da pedofilia, enquanto compulsão sexual e o pedófilo como um “doente mental”, não existe tipificação legal na legislação portuguesa e nem brasileira apontando para a semi-imputabilidade ou inimputabilidade em razão dessa anomalia psíquica.

Assim, no que tange à aplicação da pena, a lei penal portuguesa e brasileira não distingue o pedófilo do abusador sexual, ainda que existam pesquisas sugerindo que a pedofilia pode estar correlacionada com várias anormalidades neurológicas diferentes e, muitas vezes, coexiste com outros transtornos de personalidade e patologias já existentes, destacando que, nos contextos forenses de aplicação da legislação deveriam existir diferentes tipologias para categorizar os pedófilos, de acordo com seus comportamentos e motivações.

O quadro sinótico abaixo sintetiza as informações narradas em linhas acima, destacando as principais diferenças entre os delitos em análise no que diz respeito à sua terminologia e conteúdo.

Quadro Sinótico 01		
Resumo da Terminologia e Conteúdo dos Crimes Sexuais		
	Ordenamento de Portugal	Ordenamento do Brasil
Terminologia do Delito:	<i>Abuso Sexual de Crianças</i>	<i>Estupro de Vulnerável</i>
Tipo Objetivo:	Art. 171º, nº 1: Ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa; Art. 171º, nº 2: Ato sexual de relevo qualificado consistente em cópula, coito anal ou coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos	Art. 271-A, caput: A conduta típica consiste em ter <u>conjunção carnal</u> ou praticar <u>outro ato libidinoso</u> com menor de 14 anos.
Definição dos termos do tipo:	“Ato sexual de relevo”: Segundo a doutrina e jurisprudência lusitana, trata-se de toda conduta sexual que ofenda bens jurídicos fundamentais ou valores essenciais das pessoas quanto à sua livre expressão sexual. Assim, a ação, para ser classificada como de relevo, terá de ser intensa e grave, traduzindo desejos sexuais que violam a autodeterminação sexual da vítima infantil.	Conjunção carnal: Consiste na cópula vagínica, ou seja, a introdução do órgão genital masculino (pênis) na cavidade vaginal feminina. Ato libidinoso: Compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal, como por exemplo, sexo oral; o coito anal, a masturbação, os toques e apalpadelas do pudendo e dos membros inferiores; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, dentro outros.
Crime Hediondo:	Não existe a figura do crime hediondo na Legislação de Portugal.	Sim, consoante informa o art. 1º, Inciso VI, da Lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos)
Distinção entre Pedófilo e Abusador Sexual na Aplicação da Pena:	Não	Não

Quadro 1: Resumo da Terminologia e Conteúdo dos Crimes Sexuais

4.2.2. Evolução Histórica dos Crimes Sexuais em Exame no Código Penal Português e no Código Penal Brasileiro

Em relação à evolução histórica dos crimes sexuais em análise, observa-se um movimento semelhante tanto no Brasil quanto em Portugal, sobretudo em relação ao fato de que, ocorreu em ambos os países a chamada “tutela da moralidade sexual” dando lugar à “tutela da liberdade sexual”, demonstrando que a legislação criminal dos dois países se modernizou com reformas pontuais que atualizaram seus códigos penais no que se refere aos avanços sociais no que tange aos crimes sexuais.

Nesse sentido, no que diz respeito ao ordenamento de Portugal, duas reformas do Código Penal foram importantes no sentido de atualizar a legislação criminal portuguesa. Sobretudo em relação às exigências de se adequar aos novos tempos, tipificando condutas que violam e ofendem a liberdade sexual individual e não à moralidade sexual social. Tais reformas datam de 1995 e 2007.

No Código Penal de Portugal de 1982, introduzido pelo Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro já existia um esboço da responsabilização de crimes sexuais, a exemplo do disposto no artigo 205º que tratava do crime de atentado ao pudor, com violência, independente dos meios empregados contra menor de 14 anos. Ocorre que o referido diploma criminal português de 1982 já nascera ultrapassado, tendo em vista que a criminalidade sexual ali tipificada visava à proteção dos crimes contra os costumes, defendendo sentimentos coletivos da moral sexual dominante.

Com a reforma criminal ocorrida em 1995, aprovada pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, pode-se dizer que o legislador lusitano buscou tutelar a liberdade sexual em detrimento da moral sexual social, alterando o conjunto de crimes sexuais tipificados no diploma penal português. Nesse sentido, no que tange à criminalização da prática de abuso sexual de crianças no Código Penal Português, tal crime veio tipificado pela primeira vez no Código de 1995.

Assim, com a reforma de 1995 pode-se afirmar, em resumo que, passou-se a considerar a liberdade sexual do indivíduo na esfera sexual, seja ele adulto ou não, como o bem jurídico a salvaguardar, abandonando-se a tutela de sentimentos coletivos da moral sexual dominante.

Outra importante revisão do Código Penal Lusitano ocorreu em 2007, tendo o legislador inserido no diploma criminal os artigos 171º até 177º, dispondo sobre os crimes que

tutelam a autodeterminação sexual de crianças e adolescentes. Muito embora alguns dos crimes já existissem na redacção anterior a 2007; além de promover outras alterações específicas relacionadas aos crimes sexuais contra crianças.

Desse modo, no atual sistema do Código Penal lusitano, os crimes sexuais aparecem divididos em duas Secções: Na primeira Secção estão os crimes contra a liberdade sexual (artigos 163º a 170º) e na segunda Secção encontram-se os crimes contra a autodeterminação sexual (práticas sexuais com menores: artigos 171º a 176º), acautelando-se o bem jurídico autodeterminação sexual relacionado com o livre desenvolvimento da personalidade do menor no plano sexual, bem como, sua dignidade pessoal.

Já no que concerne à evolução histórica dos crimes sexuais no ordenamento do Brasil, também duas reformas do Código Penal foram importantes para atualizar a legislação criminal brasileira. Trata-se das reformas introduzidas pela Lei 12.015/2009 e pela Lei 13.718/2018.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 já se questionava a necessidade de alterar os chamados “costumes”, enquanto conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais, como bem jurídico tutelado no caso dos crimes sexuais, tendo em vista a evolução social e a liberação do comportamento relacionado ao sexo.

Ademais, a redacção da parte dos crimes sexuais constante no Código Penal Brasileiro de 1940 trazia conceitos bastante negativos e machistas relacionados à mulher. A realidade atual, na qual as liberdades individuais são cada vez mais valorizadas e inclusive, protegidas pela Constituição Federal de 1988, evidenciava a incompatibilidade de adequação da vida moderna com os conceitos vigentes em 1940, que privilegiava o formalismo e as convenções sociais, inferiorizando e discriminando a mulher nas questões relacionadas à sexualidade.

Dessa forma, com a reforma criminal ocorrida em 2009, através da promulgação da Lei 12.015/2009, pode-se dizer que, a exemplo do ocorrido em Portugal, o legislador brasileiro optou por tutelar a liberdade sexual, alterando profundamente o conjunto de crimes sexuais tipificados no ordenamento jurídico-criminal brasileiro, operadas no Capítulo II “dos crimes sexuais contra vulnerável”, do Código Penal, inserindo outros delitos, inclusive a infração denominada “Estupro de Vulnerável” (Art. 217-A), dentre outros, tutelando a dignidade sexual enquanto bem jurídico.

Outra importante reforma legislativa ao processo de modernização da legislação penal brasileira, se deu com a promulgação da Lei 13.718/2018 que acrescentou o parágrafo 5º, no Art. 217-A, dispondo que as penas previstas no *caput* do artigo e em seus parágrafos 1º, 3º e

4º aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela [a vítima] ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Ademais, cumpre registrar que, a legislação portuguesa promoveu transformações e avanços no que tange à criminalização dos delitos sexuais bem antes que a legislação brasileira. Observa-se que, em Portugal, as primeiras modernizações ocorreram em 1995 e 2007, ao passo que o Brasil atualizou seu Código Penal com legislações promulgadas em 2009 e 2018.

A título de resumo das transformações históricas pelas quais passaram os delitos sexuais em Portugal e no Brasil, tem-se o quadro abaixo que sintetiza as informações apresentadas no texto acima.

Quadro Sinótico 02		
Resumo Comparativo das Transformações Históricas Relacionadas aos Delitos Sexuais		
	Ordenamento de Portugal	Ordenamento do Brasil
Terminologia do Delito:	<i>Abuso Sexual de Crianças</i>	<i>Estupro de Vulnerável</i>
Reformas no Código Penal:	Reforma ocorrida em 1995, aprovada pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, e Reforma de 2007	Reformas introduzidas pela Lei 12.015/2009 e pela Lei da Lei 13.718/2018.
Reforma lusitana de 1995 e Reforma brasileira de 2009:	Reforma de 1995: O legislador lusitano buscou tutelar a liberdade sexual em detrimento da moral sexual social, alterando o conjunto de crimes sexuais tipificados no diploma penal português, incluindo o delito “Abuso Sexual de Crianças”, dentre outros, protegendo a autodeterminação sexual enquanto bem jurídico.	Reforma de 2009: O legislador brasileiro optou por tutelar a liberdade sexual em detrimento dos costumes sociais, alterando o conjunto de crimes sexuais tipificados no ordenamento jurídico-criminal brasileiro, incluindo o tipo penal “Estupro de Vulnerável” (Art. 217-A), dentre outros, protegendo a dignidade sexual enquanto bem jurídico.
Reforma lusitana de 2007 e Reforma brasileira de 2018:	Reforma de 2007: Outra importante revisão do Código Penal Lusitano ocorreu em 2007, tendo o legislador inserido no diploma criminal os artigos 171º até 177º, dispondo sobre os crimes que tutelam a autodeterminação sexual de crianças e adolescentes, muito embora alguns dos crimes já existissem na redacção anterior a 2007; além de promover outras alterações específicas relacionadas aos crimes sexuais contra crianças.	Reforma de 2018: Modernização do Código Penal através da Lei 13.718/2018 que acrescentou o parágrafo 5º, no Art. 217-A, dispondo que as penas previstas no <i>caput</i> do artigo e em seus parágrafos 1º, 3º e 4º aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela [a vítima] ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime

Quadro 2: Resumo Comparativo das Transformações Históricas Relacionadas aos Delitos Sexuais

4.2.3. Dos Elementos do Tipo Objetivo dos Ilícitos em Comentário

Pretende-se agora traçar um panorama apontando as semelhanças e diferenças no que diz respeito aos elementos dos tipos penais em análise, tais como, quem são os sujeitos ativos e passivos dos delitos; os tipos objetivo e subjetivo; a classificação dos crimes, a sanção aplicada e se as infrações existem na modalidade culposa.

Nesse sentido, observa-se similitude nos dois delitos em estudo no que tange aos sujeitos ativos e passivos. Tanto para o crime português quanto para o brasileiro, o sujeito ativo é qualquer pessoa e o sujeito passivo é o menor de 14 anos, ressaltando que, no caso do Brasil, esse menor é considerado pessoa vulnerável, classificação que não é encontrada no ordenamento de Portugal.

Uma diferença significativa a ser apontada é em relação à conduta típica que denota o tipo objetivo dos delitos. Assim, no caso do Abuso Sexual de Crianças, tem-se como ação típica a prática de ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa (Art. 171º, nº 1, do Código Penal Lusitano) e a atitude de praticar ato sexual de relevo qualificado consistente em cópula, coito anal ou coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos (Art. 171º, nº 2, do Código Penal Lusitano), ao passo que a conduta típica no caso de Estupro de Vulnerável consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos (Art. 217-A, caput, do Código Penal Brasileiro).

Observa-se que, o crime lusitano apresenta um número maior de condutas incriminadoras, destacando-se o fato de que o abuso sexual irá ocorrer com a prática de ato sexual de relevo “com” ou “em” menor de 14 anos, como também para aquele sujeito que levar o menor a praticar tal conduta consigo ou com outra pessoa. Assim, o “induzir” o menor a realizar tais atos sexuais expõe o sujeito “induzidor” a responder pelo crime, enquanto autor e não enquanto participante no facto praticado por terceiro, ocorrendo ainda um aumento substancial da penalização criminal para o caso de o ato sexual de relevo praticado ser qualificado.

Em contrapartida, para que ocorra o Estupro de Vulnerável, basta que ocorra relação sexual com menor de 14 anos, seja essa relação uma conjunção carnal através da penetração do pênis na vagina ou qualquer outro ato sexual que exclua a conjunção.

Assim, o delito português apresenta condutas criminais de forma mais ampla que o delito brasileiro, havendo, inclusive, gradação da pena em razão de ser o ato sexual de relevo simples ou qualificado.

Outra similitude encontrada nos delitos em análise diz respeito ao tipo subjetivo, no qual em ambos os crimes o dolo é o elemento subjetivo do injusto, seja ele consistente em praticar actos de cariz sexual descritos no tipo penal, “*com; em ou por*” crianças (no Abuso Sexual de Crianças) ou o dolo consistente na consciência e vontade de constranger o menor de 14 anos à prática de relações sexuais consubstanciada na conjunção carnal e/ou outro ato libidinoso (no Estupro de Vulnerável).

De modo semelhante, também em ambos os delitos não se admite a modalidade culposa por ausência de disposição legal nesse sentido.

No campo das diferenças, pode-se apontar a classificação dos tipos penais, sendo certo que o delito português é classificado como **crime de perigo abstracto**, aquele no qual se presume que a conduta é perigosa, sem necessidade de verificar se o perigo para o bem jurídico se manifestou, tornando-se concreto, ao passo que a infração brasileira, segundo Guilherme de Souza Nucci, recebe a classificação de **crime de dano**, aquele que se consuma com a efetiva lesão ao bem jurídico protegido.

Ressalte-se que, tal entendimento é agasalhado pelo criminalista Guilherme de Souza Nucci, doutrinador brasileiro que costuma defender posições minoritárias dentro do direito brasileiro. Nesse sentido, a doutrina brasileira, em regra, pouco se manifesta a respeito de ser o “estupro de vulnerável” crime de dano ou de perigo. Essa é uma discussão pouco apresentada pelos autores criminais brasileiros.

De todo modo, urge pontuar que, não se pode compactuar com o posicionamento de Nucci, tendo em vista que, salvo melhor juízo, entende-se que o delito em análise é “**crime de perigo abstrato**”, aquele que para a sua consumação, basta que o agente pratique a conduta típica, porquanto o perigo é presumido *juris et de jure*; nele o perigo não precisa ser provado, pois a própria prática o pressupõe.

Assim, na esteira de compreensão oposta ao defendido por Nucci, entende-se que o “estupro de vulnerável” é crime de perigo abstrato, no qual o Estado visa a punir o agente a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado, antecipando-se o legislador à probabilidade de ofensa ao bem jurídico tutelado de modo concreto.

Ainda apontando dissimilaridades entre os delitos, tem-se a dosimetria da sanção penal aplicada no caso da prática dos crimes. Assim, em relação ao abuso sexual de crianças, por

tratar-se de crime cujas condutas são praticadas “com”, “em” ou “contra” menor de 14 anos, havendo ainda aumento de pena para o caso de o ato sexual de relevo praticado ser qualificado, tem-se dois conjuntos de penas distintas, sendo as mesmas consistentes em 1 a 8 anos de prisão (Art. 171º, nº 1) e 3 a 10 anos de prisão.

Por outro lado, o Estupro de Vulnerável resta configurado com o ato de manter relação sexual com menor de 14 anos, através da conjunção carnal via penetração do pênis na vagina ou qualquer outro ato libidinoso, cuja reprimenda é a pena de reclusão de 8 a 15 anos.

Percebe-se que a pena de prisão é imposta em relação à prática de ambos os delitos, todavia, no caso do crime brasileiro, a dosimetria da pena é superior à penalidade da infração portuguesa.

Por fim, o quadro abaixo traz um resumo dos principais elementos destacados em relação ao crime português de “abuso sexual de crianças” e a infração brasileira “estupro de vulnerável”.

Quadro Sinótico 03		
Resumo Comparativo dos Elementos do Tipo dos Ilícitos		
	Ordenamento Português	Ordenamento Brasileiro
Delito:	<i>Abuso Sexual de Crianças</i>	<i>Estupro de Vulnerável</i>
Sujeitos:	<u>Ativo</u> : Qualquer pessoa <u>Passivo</u> : O menor de 14 anos	<u>Ativo</u> : Qualquer pessoa <u>Passivo</u> : O vulnerável menor de 14 anos
Tipo Objetivo:	Art. 171º, nº 1: Praticar ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos , ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa; Art. 171º, nº 2: Praticar ato sexual de relevo qualificado consistente em cópula, coito anal ou coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos.	Art. 271-A: A conduta típica consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos.
Tipo Subjetivo:	O dolo é o elemento subjetivo do injusto, consistente na prática de actos de cariz sexual do tipo penal “ <i>com; em ou por</i> ” crianças.	Corresponde ao dolo, consistente na consciência e vontade de constranger o menor de 14 anos à prática de relações sexuais consubstanciada na conjunção carnal e/ou outro ato libidinoso.
Modalidade Culposa:	Não existe a figura culposa, por ausência de disposição legal.	Não se admite por ausência de disposição legal.
Classificação do tipo:	Crime de perigo abstracto , aquele em que se presume que a conduta é perigosa, sem necessidade de verificar se o perigo para o bem jurídico se manifestou tornando-se concreto.	Trata-se de questão controvertida na doutrina brasileira. Entende-se tratar de Crime de Perigo Abstrato , aquele em que para a sua consumação, basta que o agente pratique a conduta típica, porquanto o perigo é presumido <i>juris et de jure</i> ; nele o perigo não precisa ser provado, pois a própria prática presume a periculosidade do ato a ofender o bem jurídico tutelado.
Pena:	Art. 171º, nº 1 : Pena de Prisão pelo período de 1 a 8 anos. Art. 171, nº 2 : Pena de Prisão de 3 a 10 anos.	Pena de reclusão, de 8 a 15 anos

Quadro 3: Resumo Comparativo dos Elementos do Tipo dos Ilícitos

4.2.4. Do Consentimento da Vítima na Relação Sexual Criminosa

No que concerne ao “consentimento”, a legislação de Portugal o elegeu como uma causa de exclusão da ilicitude e da culpa, isentando o agente de eventual reprimenda penal,

nos termos do art. 31º, alínea d), do Código Penal, sendo ainda válido o consentir apenas quando prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance, de acordo com o art. 38º, nº 3.

Segundo o dicionário português, *consentimento* “é o ato de consentir ou o resultado deste ato. Licença, permissão. Aprovação¹⁹³”. Assim, quando se fala em consentimento do menor no contexto de uma relação sexual, está-se diante de sua concordância e permissão com aquele ato.

Dessa forma, em Portugal, para ser válido e eficaz, o ‘consentimento do ofendido’ “além de ser legal, [este] deve ser consciente, isto é, resultante de uma vontade esclarecida, devidamente ponderado e concreto¹⁹⁴”. Observa-se, portanto, que a validade do consentir pressupõe uma capacidade de discernimento para avaliar o sentido e o alcance do fato para o qual se anuiu. Trata-se, pois, nas palavras de Germano Marques da Silva, de uma “capacidade natural que não equivale à capacidade civil¹⁹⁵”, já que para a legislação portuguesa, a capacidade civil que implica em ser capaz para o exercício de direitos é alcançada aos 18 anos, conforme dispõe o art. 123º, do Código Civil (Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966).

Assim, resta claro que em Portugal, eventual consentimento que enseje a exclusão da ilicitude em determinada prática infracional penal, somente é válido quando manifestado por indivíduo com uma idade mínima e portador de uma maturidade e discernimento para avaliar as consequências do seu consentir.

Nessa esteira de raciocínio, nota-se que, a prática de ato sexual de relevo “com” ou “em” menor de 14 anos ou levar o menor a praticá-lo com outra pessoa (art. 171º, nº 1), implica necessariamente em uma relação sexual “não consentida” para efeitos de exclusão da ilicitude, consoante entendimento legal expresso no supracitado art. 38º, nº 3, do Código Penal, ainda que ausentes eventuais meios de coação e violência física que obviamente são meios de constrangimento que supõem uma oposição efetiva da vontade da vítima, demonstrando a ausência inequívoca de consentimento do ofendido.

Seguindo nessa linha de raciocínio, observa-se que o legislador lusitano compreende que os crimes contra a autodeterminação sexual punem condutas que, considerando a idade da

¹⁹³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - **Aurélio Júnior: dicionário escolar da língua portuguesa**. 2ª ed. Curitiba: Editora Positivo, 2011. ISBN 978-85-385-4735-8, p.242.

¹⁹⁴ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português: teoria do crime**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 9789725404584. p. 217

¹⁹⁵ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português: teoria do crime**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 9789725404584. p. 218.

vítima menor de 14 anos, entende-se que esta não está ainda em condições de se autodeterminar sexualmente, pelo que, mesmo na ausência de qualquer meio violento, tais condutas sexuais serão suscetíveis de prejudicar o desenvolvimento da sua maturidade e sexualidade.

Nesse sentido, cumpre registrar a doutrina de Teresa Magalhães que destaca que, em casos de abuso sexual contra o menor de 14 anos, dado ao seu estágio de desenvolvimento, a vítima não consegue compreender aquele ato por não estar preparada emocionalmente, além de ser incapaz de dar o seu consentimento informado.¹⁹⁶

De igual modo encontra-se o posicionamento da jurisprudência lusitana, cujos excertos destacados abaixo se encontram no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo: 204/10.8TASEI.C1: “os tipos penais, como os presentes, pretendem preservar as condições básicas para que no futuro as crianças e os jovens possam alcançar um desenvolvimento livre da sua personalidade do ponto de vista sexual e não tanto, como em relação aos adultos, a sua liberdade de determinação sexual. **O que se pressupõe é que o menor não está ainda em condições de se determinar livremente nessa matéria – daí que eventual consentimento seja irrelevante**”. (grifei)¹⁹⁷.

Nota-se no trecho em destaque acima que, no caso de abuso sexual de crianças, qualquer outra circunstância não afasta a presunção absoluta da falta de vontade e ausência de consentimento do menor, pois este, ainda que manifestado, é irrelevante.

Assim, “o legislador entendeu que os menores de 14 anos de idade, em face da sua maior fragilidade e vulnerabilidade a agressões sexuais, porque mais imaturos, necessitam de uma protecção mais ampla do que as pessoas com idade superior”¹⁹⁸.

Novamente o trecho em evidência reforça a compreensão acerca da imaturidade dos menores de 14 anos, razão pela qual necessitam de uma proteção mais ampla no que tange aos crimes sexuais praticados contra eles. Observa-se, assim, uma preocupação com o livre desenvolvimento sexual da criança e do adolescente, preocupação essa que se dá em nível mundial, já que vários são os ordenamentos jurídicos que procuram proteger de forma integral o menor no que tange às questões relacionadas com o sexo e sua sexualidade.

¹⁹⁶ MAGALHÃES, Teresa - **Maus tratos em crianças e jovens: Guia prático para profissionais**. Coimbra, 2002: Quarteto Editora, p. 34 e 35.

¹⁹⁷ Trecho retirado do acórdão Processo: 204/10.8TASEI.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra. [em linha]. Relator: Maria Pilar de Oliveira. Data do Acórdão: 05/06/2013. [consult. 20. Ago. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8f60bbad90f0a3c080257b91003cf81b?OpenDocument>

¹⁹⁸ *Idem* Acórdão acima: Processo: 204/10.8TASEI.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra.

Desse modo, a compreensão defendida pela doutrina e jurisprudência de Portugal reconhece a possibilidade de o jovem menor de 14 anos sentir desejos sexuais, todavia, ressalta que, nessa faixa etária, ele ainda não alcançou um processo de socialização capaz de permitir a elaboração de decisões conscientes e esclarecidas em termos de relacionamento sexual, razão pela qual se defende que não seja atribuída relevância jurídica ao consentimento apresentado pelo menor.

Diante dessa explanação, constata-se que, na legislação portuguesa, especificamente em relação ao crime de Abuso Sexual de Crianças (art. 171º, do Código Penal) existe um vácuo legal no que concerne ao consentimento da vítima menor na relação sexual abusiva. Em verdade, as orientações legais acerca desse consentimento encontram-se nos supracitados arts. 31º e 38º, do Código e não exatamente na parte que tipifica o delito.

Ademais, observa-se uma compreensão doutrinária e jurisprudencial não divergente acerca da presunção absoluta da falta de vontade e ausência de consentimento do menor de 14 anos nas relações sexuais com e contra ele praticadas.

Já no que tange à legislação brasileira no que diz respeito à temática em análise, cumpre registrar que, com o advento do art. 217-A, tipificando o crime de “estupro de vulnerável” e partindo do princípio de que, o referido dispositivo adotava o critério objetivo da idade da vítima como menor de 14 anos para caracterização de sua vulnerabilidade, restou claro que era irrelevante o fato de a vítima consentir com o ato sexual. Por ser o ofendido menor de 14 anos, entende o legislador brasileiro, do mesmo modo que o legislador português que, o menor não possui maturidade e capacidade para compreender o significado de uma relação sexual.

Conforme narrativa expressa no capítulo 3, item 3.4, objetivando não deixar dúvidas quanto à questão da irrelevância penal do consentimento da vítima no caso de estupro de vulnerável, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou tal entendimento editando a **súmula 593**, cujo teor assim dispõe: “o crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”¹⁹⁹.

Todavia, por se tratar de súmula não vinculante, esta não obrigava os demais órgãos jurisdicionais a adotarem tal entendimento. Assim, a jurisprudência de alguns tribunais

¹⁹⁹ **Súmula 593**, aprovada pela 3ª Seção, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 25/10/2017 e publicada no Diário Oficial da Justiça (DJe) em 06/11/2017.

estaduais ainda permanecia oscilante sobre o tema, razão pela qual, o legislador brasileiro através da Lei 13.718/2018, acrescentou o parágrafo 5º ao art. 217-A, dando-lhe a seguinte redação: “§ 5º: as penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo [leia-se art. 217-A] aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”²⁰⁰.

Desse modo, com a adoção de tal dispositivo, o objetivo do legislativo do Brasil era impedir a consolidação de entendimentos jurisprudenciais que afastassem a incidência do crime de estupro de vulnerável por qualquer outra circunstância que não a idade da vítima.

Nesse cenário, diante dos dispositivos legais que disciplinam o tipo penal “estupro de vulnerável”, torna-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para afastar a ocorrência do delito.

Assim, traçando um panorama no sentido de apontar as semelhanças e diferenças no que diz respeito ao consentimento da vítima na relação sexual criminosa, ou seja, praticada com e contra menor de 14 anos no delito português “abuso sexual de crianças” e na infração penal brasileira “estupro de vulnerável”, verifica-se que, no caso brasileiro, diferentemente de Portugal, o legislador optou por editar uma novel legislação, acrescentando um parágrafo ao art. 217-A que tipifica o estupro de vulnerável. Assim, ao contrário de Portugal que trata sobre o consentimento do ofendido em parte geral de seu Código Penal, especificamente nos arts. 31º e 38º, no Direito brasileiro, as disposições sobre eventual consentimento da vítima encontram-se no próprio dispositivo que tipifica o crime sexual contra o menor.

Ademais disso, outra diferença significativa que merece registro em relação ao consentimento do ofendido aqui analisado, diz respeito ao fato de que, no Brasil, nem a doutrina e nem a jurisprudência convergiam entendimento no que tange à presunção absoluta do não consentimento com o ato sexual. Pelo contrário, a existência da tipificação de crime sexual contra menor de 14 anos sempre gerou divergências doutrinárias e jurisprudenciais, razão pela qual optou o legislador brasileiro pela edição da Lei 13.718/2018, acrescentando o parágrafo 5º ao art. 217-A, reforçando assim o caráter irrelevante de eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para afastar a ocorrência do delito, bem como de qualquer outra circunstância que não a idade do ofendido.

Soma-se ainda, a título de dissimilitudes sobre o tema em relação aos dois delitos objetos de estudo, a edição, pelo Superior Tribunal de Justiça, de uma Súmula, ou seja, de um

²⁰⁰ Código Penal Brasileiro - Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 217-A, §5º

enunciado que registra o entendimento majoritário de um Tribunal sobre determinado assunto por ele apreciado, a partir do julgamento de casos análogos com reiteradas decisões tomadas no mesmo sentido. Trata-se, pois, de um verbete jurídico que promove a uniformização da interpretação jurisprudencial acerca de determinado tema analisado pelo Tribunal que a edita.

De modo diverso, nenhum tribunal de Portugal editou enunciado nesse mesmo sentido em relação ao abuso sexual de crianças.

A título de ilustração, o quadro abaixo traz um resumo das principais diferenças e semelhanças destacadas em relação aos crimes analisados.

Quadro Sinótico 04		
Resumo Comparativo do Consentimento da Vítima com a Relação Sexual Criminosa		
	Ordenamento Português	Ordenamento Brasileiro
Delito:	<i>Abuso Sexual de Crianças</i>	<i>Estupro de Vulnerável</i>
Consentimento da Vítima no Código Penal	Encontra-se na Parte Geral do Código, especificamente nos arts. 31º e 38º	Encontra-se na Parte Geral do Código, especificamente no art. 217-A que tipifica o estupro de vulnerável
Convergência de Entendimento sobre o Tema entre a Doutrina e a Jurisprudência	Na maioria dos casos ocorreu	Na maioria dos casos não ocorreu
Edição de Verbetes Jurídicos por Tribunal sobre o Tema	Não ocorreu	Ocorreu através do Superior Tribunal de Justiça a edição da Súmula 593

Quadro 4: Resumo Comparativo do Consentimento da Vítima com a Relação Sexual Criminosa

4.2.5. Da Natureza do Crime no Caso Português e da Natureza da Ação Penal no Caso Brasileiro

No que tange à natureza do crime em Portugal e à natureza da ação penal no Brasil, a primeira distinção que merece destaque diz respeito às terminologias utilizadas em cada um dos delitos em análise.

Nesse sentido, no sistema criminal português, os crimes podem ser de **Natureza Particular**, aquele que depende de acusação do particular titular do direito (art. 50º, CPP), **Natureza Semi-Pública**, aquele que depende de queixa do titular do direito (art. 49º, CPP) ou de **Natureza Pública**, aquele no qual o Ministério Público encontra-se legitimado e é

obrigado a promover a acção penal. (arts. 48º e 241º, CPP). Observe-se que, em Portugal, a referência para propositura da persecução penal é a natureza do delito.

Já em relação à sistemática penal do Brasil, as ações penais condenatórias têm por referência a titularidade do direito de ação, ou seja, determinado fato criminoso será analisado pelo poder judiciário competente através da propositura de determinada ação penal, dependendo do titular do direito em relação àquela ação/processo penal.

Nesse aspecto, no caso brasileiro, a ação penal subdivide-se em Ação Penal Pública e Ação Penal Privada (art. 100, *caput*, CP, c/c arts. 24 e 30, CPP).

A ação penal pública, cujo titular é o Ministério Público, divide-se em duas: **Ação Penal Pública Incondicionada**, aquela em que o órgão do Ministério Público tem o dever de ofício de agir, sem necessidade de representação ou requisição (art. 257, I, CPP); e **Ação Penal Pública Condicionada à Representação**, aquela em o Ministério Público atua após representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça (art. 100, §1º, CP, c/c art. 24, CPP).

Já a Ação Penal Privada, de titularidade do ofendido ou do seu representante legal (art. 100, § 2º, CP, c/c art. 30, CPP), divide-se em: Ação Penal Privada Principal ou Exclusiva; Ação Penal Privada Subsidiária da Pública e Ação Penal Privada Personalíssima.

A **Ação Penal Privada Principal/Exclusiva** é aquela de titularidade da vítima ou de seu representante legal que pode exercê-la diretamente, podendo ser intentada, no caso de morte do ofendido, pelo cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos (art.100, §§2º e 4º, CP, c/c arts. 30 e 31, CPP).

A **Ação Penal Privada Subsidiária da Pública** é aquela em que, sempre que numa ação penal pública o Ministério Público quedar-se inerte, deixando de atuar nos prazos legais, poderá o ofendido apresentar queixa, fazendo com que o Ministério Público possa atuar, saindo de sua inércia. (art. 100, § 3º, CP, c/c art. 29, CPP).

A **Ação Penal Privada Personalíssima** é aquela em que somente a própria vítima possui titularidade para sua propositura. Não cabe representação legal do ofendido e nem o direito de representação passa para o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Desse modo, embora em ambos os sistemas criminais, o caminho perseguido pelo ofendido para ver seu agressor punido perpassa pelo titular do direito de propositura da ação/processo penal determinado pelas disposições legais contidas nos respectivos códigos penais, as terminologias utilizadas por cada país para identificar o “caminho processual a ser

percorrido” para a punição do agressor são diferentes, sendo no caso português, classificado como “natureza do crime” e no caso brasileiro como “natureza da ação penal”.

Significa dizer que, no caso lusitano, o caminho processual a ser percorrido depende da classificação dada à natureza do crime, se particular, semi-público ou público. Já no caso do Brasil, o caminho processual a ser percorrido depende da classificação dada à natureza da ação penal, ou seja, cada delito possui um titular do direito de promover a persecução penal e, dependendo de quem seja esse titular, classifica-se a ação penal a ser utilizada, se pública ou privada, dependendo ainda de suas divisões conforme narrado em linhas pretéritas.

No caso específico dos delitos em análise, tem-se que, **em relação ao crime de abuso sexual de crianças**, capitulado no art. 171º, do Código Penal português, **trata-se de delito de natureza pública**, (dependendo da omissão do legislador sobre a natureza do delito c/c art. 178º, nº 1, do CP, c/c art. 15º, nº 1 da Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho).

Ao passo que, no que diz respeito ao **crime de estupro de vulnerável**, capitulado no art. 217-A, do Código Penal Brasileiro, **trata-se de delito cuja natureza da ação penal será pública incondicionada**, nos termos do art. 225, do Código Penal.

Constata-se que, apesar do uso de terminologias distintas por Portugal e Brasil para indicar o caminho processual a ser percorrido para a punição do agressor nos crimes em análise; ambos os delitos possui como titular do direito da persecução penal o Ministério Público, ou seja, cabe ao Estado, através do *Parquet*, promover a propositura da persecução criminal, independentemente da provocação do ofendido, evitando-se a impunidade dos infratores diante do eventual silêncio das vítimas, como pode ser observado no quadro sinótico abaixo:

Quadro Sinótico 05		
Resumo Comparativo da Persecução Penal nos Crimes em Análise		
	Ordenamento Português	Ordenamento Brasileiro
Delito:	<i>Abuso Sexual de Crianças</i>	<i>Estupro de Vulnerável</i>
Terminologias Utilizadas:	Da Natureza do Crime: Particular, Semi-Pública ou Pública	Da Natureza da Ação Penal: Ação Penal Pública e Ação Penal Privada
Persecução Penal nos delitos em análise:	Delito de Natureza Pública , aquele no qual o Ministério Público encontra-se legitimado e é obrigado a promover a acção penal. (arts. 48º e 241º, CPP).	Delito cuja natureza da Ação Penal será Pública Incondicionada , aquela em que o órgão do Ministério Público tem o dever de ofício de agir, sem necessidade de representação ou requisição (art. 257, I, CPP);

Quadro 5: Resumo Comparativo da Persecução Penal nos Crimes em Análise

4.2.6. Do Bem Jurídico Tutelado

No que diz respeito ao bem jurídico tutelado nos crimes em análise no presente trabalho, a primeira distinção a ser realçada diz respeito à seleção do bem jurídico a ser resguardado. Assim, em relação ao **Abuso Sexual de Crianças**, o **bem jurídico protegido é a “autodeterminação sexual da criança”**, ao passo que no caso do **Estupro de Vulnerável**, **tutela-se a “dignidade sexual do vulnerável”**.

Tratando-se dos delitos cometidos exclusivamente contra menores de 14 anos em Portugal, crimes esses dispostos na Secção II -arts. 171 a 176º, do Código Penal, protege-se como bem jurídico a **autodeterminação sexual**, punindo as condutas que se entendem prejudiciais à evolução da maturidade e sexualidade da criança. O objetivo [do tipo penal estabelecido] é “preservar as condições básicas para que no futuro as crianças e jovens possam alcançar um desenvolvimento livre da sua personalidade do ponto de vista sexual”²⁰¹.

Nessa esteira de raciocínio, também se encontra o entendimento jurisprudencial lusitano, como se observa no Acórdão Processo 162/11.11jagr.d.c1.s1, do Supremo Tribunal de Justiça, que identifica o bem jurídico que o legislador pretendeu proteger como sendo, (...)” a liberdade de autodeterminação sexual, de uma forma muito particular, em razão da pouca idade da vítima, [atos sexuais] mesmo que consentidos, podem prejudicar gravemente o

²⁰¹ LOPES, José Mouraz - **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. p. 116.

desenvolvimento da sua personalidade física e psíquica, muito particularmente no aspecto do livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual”²⁰².

Dessa forma, sob a perspectiva da tutela do bem jurídico no caso do crime de abuso sexual de crianças, resguardam-se as particularidades e as fragilidades próprias da infância, visando à proteção da livre formação da personalidade física e psíquica da criança, particularmente na esfera sexual.

Ademais, ainda na visão da jurisprudência, urge pontuar que, levando em consideração o bem jurídico violado no crime em questão, é preciso ter em conta que, tratando-se de abuso sexual, “os danos que são susceptíveis de acarretar na formação da personalidade e desenvolvimento afectivo e emocional das vítimas”, razão pela qual os julgadores afirmam que, “o abuso sexual de crianças representa uma catástrofe na vida da vítima, produzindo uma devastação da sua estrutura psíquica. O abuso afecta o corpo da vítima do abuso sexual, o núcleo mais pessoal, mais íntimo da sua identidade”²⁰³.

Nesse cenário, pode-se afirmar que, as condutas que preenchem a tipologia do crime de abuso sexual “constituem sempre um frontal e grave entrave à autodeterminação sexual da vítima, [pois] podem prejudicar o seu desenvolvimento fisiológico ou psíquico com a prática dos referidos actos de natureza sexual, em virtude de não terem ainda a capacidade e o discernimento necessários para uma livre e esclarecida decisão no que concerne ao relacionamento sexual”²⁰⁴.

Como a lei penal portuguesa entende que os menores de 14 anos ainda não alcançaram maturidade suficiente para se autodeterminar sexualmente, a prática de atos sexuais com indivíduos nessa faixa etária, viola sua liberdade e autenticidade de expressão, ao nível da sexualidade. Exatamente porque, abaixo dessa faixa etária, o menor não é ainda suficientemente maduro para se autodeterminar a esse nível. Falta-lhe capacidade e discernimento para embasar uma escolha livre e esclarecida nas questões ligadas ao sexo.

²⁰² (Trecho do Acórdão Processo 162/11.1jagrd.c1.s1, do Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [em linha]. Relator: Manuel Augusto de Matos. Data do Acórdão: 23/06/2016. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1d76926c6e4621f80257fed004a8e90?OpenDocument>).

²⁰³ *Idem* Acórdão anteriormente citado.

²⁰⁴ (Trecho do Acórdão Processo 162/11.1jagrd.c1.s1, do Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [em linha]. Relator: Manuel Augusto de Matos. Data do Acórdão: 23/06/2016. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1d76926c6e4621f80257fed004a8e90?OpenDocument>).

É justamente essa falta de maturidade emocional e seu frágil e insuficiente desenvolvimento psicológico para compreender as consequências danosas de práticas sexuais precoces que assegura à criança uma situação de proteção especial relativamente ao adulto, devendo o Estado e a sociedade assegurar a livre formação da sua personalidade na esfera sexual, razão pela qual, elegeu o legislador português, a autodeterminação sexual do menor de 14 anos como bem jurídico a ser tutelado na hipótese de abuso sexual de crianças.

Já em relação ao crime brasileiro **Estupro de Vulnerável**, o bem jurídico protegido é a **dignidade sexual do vulnerável**, entendido nesse contexto como o menor de 14 anos de idade. Conforme narrativa do Capítulo 3, com as modificações operadas pela Lei nº 12.015/2009, ocorreu uma mudança no foco da tutela jurídica, assegurando a proteção da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual.

Assim, a proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, tem sido uma preocupação permanente do Estado brasileiro, consoante as garantias constitucionais asseguradas no Texto da Constituição Federal e nas leis ordinárias.

Nesse diapasão, o bem jurídico protegido nos crimes sexuais praticados contra vulnerável é a vítima da ação incriminada, o menor e o incapaz de discernir ou de resistir, que não possui a capacidade de externar o seu consentimento racional, seguro e pleno quanto ao exercício de sua sexualidade e por isso, acaba tendo sua dignidade sexual maculada.

Assim como a lei portuguesa entende que os menores de 14 anos não alcançaram maturidade suficiente para se autodeterminar sexualmente e que abaixo dessa faixa etária, o menor não é ainda suficientemente maduro para se autodeterminar a esse nível, também o legislador brasileiro parte de tal compreensão, entendendo que, crianças e pré-adolescentes são ainda dotados de incapacidades emocionais que dificultam a eles discernir, fazendo opções responsáveis e maduras sobre sua sexualidade.

Nesse cenário, também, no que tange ao bem jurídico protegido no caso do crime de estupro de vulnerável, tem-se a tutela da formação livre e sadia das crianças e adolescentes no que tange às questões do sexo, resguardando seu adequado amadurecimento sexual. Não se admitindo a precoce iniciação sexual de crianças por adultos que se aproveitam da sua imaturidade nas questões emocionais e psíquicas, “dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes

físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar”²⁰⁵.

Ademais disso, urge ressaltar que, ao eleger a dignidade sexual como bem jurídico tutelado nos crimes sexuais, o legislador brasileiro optou por dar destaque à proteção do ser humano em sua vertente mais importante que é a da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, qualquer causa ou circunstância que venha cercear ou impor intervenção alheia que prejudique a formação livre e sadia das crianças nas questões relacionadas ao sexo, estará vilipendiando o ser humano ainda em processo de crescimento e formação emocional e, por conseguinte, a sua dignidade sexual, razão pela qual esta recebe tutela penal incriminadora enquanto bem jurídico a ser protegido.

Assim, a principal dissimilitude a ser apontada em relação ao bem jurídico protegido nos crimes em análise diz respeito à sua terminologia, sendo que em relação ao **Abuso Sexual de Crianças**, o bem jurídico protegido é a “autodeterminação sexual da criança”, ao passo que no caso do **Estupro de Vulnerável**, tutela-se a “dignidade sexual do vulnerável”.

No que tange ao conteúdo de cada bem jurídico tutelado, pode-se apontar certa similitude, na medida em que, enquanto a “autodeterminação sexual da criança” procura resguardar o menor de 14 anos de atos sexuais que podem prejudicar gravemente o desenvolvimento da sua personalidade física e psíquica, muito particularmente no aspecto do livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual, a tutela da “dignidade sexual do vulnerável” busca proteger o vulnerável também menor de 14 anos de atos e condutas sexuais que violam sua dignidade sexual porque são práticas sexuais que prejudicam a formação livre e sadia das crianças nas questões relacionadas ao sexo.

O quadro abaixo sintetiza as diferenças e semelhanças apresentadas no texto no que tange ao bem jurídico protegido em cada crime analisado.

²⁰⁵ REsp 1480881/PI. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgamento realizado pela Terceira Seção do STJ em 26/08/2015 e publicado no DJe 10/09/2015.

Quadro Sinótico 06		
Resumo Comparativo do Bem Jurídico Tutelado nos Crimes em Análise		
	Ordenamento Português	Ordenamento Brasileiro
Delito:	<i>Abuso Sexual de Crianças</i>	<i>Estupro de Vulnerável</i>
Bem Jurídico Protegido:	Autodeterminação Sexual das Crianças	Dignidade Sexual do Vulnerável menor de 14 anos
Conteúdo do Bem Jurídico Tutelado:	A liberdade de autodeterminação sexual, em razão da pouca idade da vítima, os atos sexuais podem prejudicar gravemente o desenvolvimento da sua personalidade física e psíquica, muito particularmente no aspecto do livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual.	A dignidade sexual, destacando que, qualquer causa ou circunstância que venha cercear ou impor intervenção alheia que prejudique a formação livre e sadia das crianças nas questões relacionadas ao sexo, estará vilipendiando o ser humano ainda em processo de crescimento e formação emocional e, por conseguinte, a sua dignidade sexual.

Quadro 6: Resumo Comparativo do Bem Jurídico Tutelado nos Crimes em Análise

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que, os crimes sexuais infantis despertam repulsa em todo o mundo ocidental e tem sido combatido por diversos mecanismos internacionais, bem como suscitado o nascimento de um arcabouço jurídico com vistas a proteger e acautelar o menor de práticas de caris sexuais violadoras da dignidade sexual da criança.

Nota-se uma significativa evolução histórica no que tange à tutela desses delitos, tendo, de igual modo, Brasil e Portugal, optado por proteger a liberdade sexual do indivíduo na esfera sexual, seja ele adulto ou não; em detrimento de sentimentos coletivos da moral sexual dominante na sociedade. Observa-se, assim, que com as reformas legislativas pontuais ocorridas em ambos os países, propiciou uma modernização na legislação criminal no que se refere aos crimes sexuais.

Dessa forma, atualizou-se também a proteção ao bem jurídico no caso de delitos sexuais praticados cuja vítima é um menor de 14 anos. Portugal elegeu a autodeterminação sexual da criança, visando à proteção da livre formação da personalidade física e psíquica dessa, particularmente na esfera sexual, justamente porque, para a legislação portuguesa, o menor de 14 anos ainda não é suficientemente maduro para se autodeterminar, faltando-lhe capacidade de discernimento para embasar uma escolha livre e esclarecida nas questões ligadas ao sexo.

Já o Brasil elegeu como bem jurídico a tutelar no caso de crimes sexuais contra os menores vulnerabilizados em razão da idade, a dignidade sexual, objetivando proteger a formação livre e sadia do menor de 14 anos no que diz respeito a relacionamentos sexuais; resguardando seu adequado amadurecimento sexual e não se admitindo a precoce iniciação sexual de crianças por adultos que se aproveitam da sua imaturidade nas questões emocionais e psíquicas. Nesse sentido, deve-se proteger o menor que é incapaz de discernir ou de resistir, não possuindo capacidade de externar o seu consentimento racional, seguro e pleno quanto ao exercício de sua sexualidade e por isso, acaba tendo sua dignidade sexual maculada.

Constata-se, desse modo que, tanto o legislador português quanto o brasileiro possuem a mesma compreensão no que tange à capacidade de consentimento do menor de 14 anos no que diz respeito a relações sexuais. Assim como a lei portuguesa entende que os menores de 14 anos não alcançaram maturidade suficiente para se autodeterminar sexualmente e que abaixo dessa faixa etária, o menor não é ainda suficientemente maduro para se autodeterminar

a esse nível, também o legislador brasileiro parte de tal compreensão, entendendo que, crianças e pré-adolescentes são ainda dotados de incapacidades emocionais que dificultam a eles discernir, fazendo opções responsáveis e maduras sobre sua sexualidade.

Para a legislação e jurisprudência portuguesa, eventual consentimento de menor de 14 anos com relação sexual é irrelevante, na medida em que, o consentir apenas será válido quando prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance, de acordo com o art. 38º, nº 3.

Assim, resta claro que em Portugal, eventual consentimento que enseje a exclusão da ilicitude em determinada prática infracional penal, somente é válido quando manifestado por indivíduo com uma idade mínima e portador de uma maturidade e discernimento para avaliar as consequências do seu consentir. Condições que para o legislador lusitano o menor de 14 anos não possui.

A legislação e a jurisprudência majoritária brasileira também compartilham desse mesmo entendimento, ou seja, de que o menor não possui maturidade e capacidade para compreender o significado de uma relação sexual. Nesse sentido, foi editada a súmula 593, aduzindo acerca da irrelevância do consentimento da vítima menor de 14 anos quando com ela um agente praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, bem como, através da Lei 13.718/2018, que acrescentou o parágrafo 5º ao art. 217-A, cuja redação esclarece que o crime de estupro de vulnerável será punido, independentemente de eventual consentimento da vítima ou mesmo em razão de ela [a vítima] já ter mantido relações sexuais anteriormente ao delito.

É de se apontar ainda a título de conclusão que, tanto a jurisprudência quanto a doutrina de Portugal encontram-se mais coesas no que tange à presunção absoluta da falta de vontade e ausência de consentimento do menor de 14 anos nas relações sexuais com e contra ele praticadas.

De modo contrário, a doutrina e a jurisprudência brasileira não convergem entendimento no que tange à presunção absoluta do não consentimento com o ato sexual. Pelo contrário, a existência da tipificação de crime sexual contra menor de 14 anos sempre gerou divergências doutrinárias e jurisprudenciais, razão pela qual optou o legislador brasileiro pela edição da Lei 13.718/2018, acrescentando o parágrafo 5º ao art. 217-A, reforçando assim o caráter irrelevante de eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para afastar a ocorrência do delito, bem como de qualquer outra circunstância que não a idade do ofendido.

Ademais, percebe-se que tanto Portugal quanto o Brasil possuem legislações atualizadas e severas na punição de violência sexuais infantis. Ainda assim, ambos os países ainda tem um longo caminho a percorrer para reduzir esses crimes e promover uma verdadeira atenção integral às crianças, livrando-as do sofrimento horrível de um abuso sexual ou de um estupro.

Outra constatação que urge destacar diz respeito à predominância dos abusos sexuais no ambiente familiar, demonstrando que, de fato, o abuso sexual intrafamiliar é mais recorrente. Esse dado certamente causa perplexidade tendo em vista que o núcleo familiar deveria ser o lugar de referência para a segurança e proteção das crianças e dos adolescentes. De alguma maneira, os países precisam encontrar modos de conscientizar a população e educá-la no sentido de respeitar as fragilidades e as vulnerabilidades próprias da infância. É preciso romper com o adultocentrismo e o machismo estruturados socialmente, uma vez que são estes que acabam por condicionar as relações familiares e domésticas, gerando manifestações de violência física, psíquica e sexual.

Questão também importante se liga ao fato de que, nem todo pedófilo é abusador de criança e nem todo abusador é, necessariamente, um pedófilo, fazendo-se clara a ideia de que, o abusador de crianças pode ser definido por seus atos, ao passo que o pedófilo pode ser definido por seus desejos. De todo modo, a reprimenda penal irá alcançar o agressor sexual que incidir no tipo penal proibido, abusando sexualmente de crianças.

Ainda que se possa aventar a possibilidade de enquadramento da pedofilia, enquanto compulsão sexual e o pedófilo como um “doente mental”, não existe tipificação legal na legislação portuguesa e nem brasileira apontando para a semi-imputabilidade ou inimputabilidade em razão dessa anomalia psíquica.

No que tange à aplicação da pena, a lei penal portuguesa e brasileira não distingue o pedófilo do abusador sexual, ainda que existam pesquisas sugerindo que a pedofilia pode estar correlacionada com várias anormalidades neurológicas diferentes. Além disso, muitas vezes coexiste com outros transtornos de personalidade e patologias já existentes, destacando que, nos contextos forenses de aplicação da legislação deveriam existir diferentes tipologias para categorizar os pedófilos, de acordo com seus comportamentos e motivações.

Obviamente que, essa é uma questão relevante quando se analisa crimes sexuais envolvendo vítimas crianças. Ainda que seja difícil a sociedade entender pela necessidade de tratamento do pedófilo, somente tratando-o poderá se evitar novas vítimas ou mesmo a reincidência no comportamento pedofílico.

Por fim, urge concluir que, com base na pesquisa ora realizada, a infância é uma fase decisiva da vida humana no que tange à construção de personalidades sadias. O Estado, a sociedade e a família devem garantir a dignidade da criança e do adolescente, vendo-os como pessoais vulneráveis e que precisam ser protegidas contra todo tipo de maus tratos. Incluindo o envolvimento em práticas sexuais precoces através do abuso e o estupro, em total confronto com os diplomas legais e com os valores sociais de uma sociedade justa, igualitária e que tem como fundamento a defesa da dignidade da pessoa humana, como ocorre com Portugal e Brasil.

Ao ser conferido como “fundamento” de ambos os Estados, o Constituinte local concedeu ao princípio da dignidade da pessoa humana um valor axiológico superior, ressaltando a necessidade de se colocar o homem como prioridade e valor a ser protegido.

Ademais disso, ao defender e proteger o indivíduo, assegurando como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, o legislador constitucional buscou assegurar condições dignas de vida também às crianças. Assim, não se pode admitir que um sujeito em desenvolvimento, que tem assegurado um conjunto de direitos e garantias constitucionais nacionais e internacionais, seja tratado como “coisa/objeto”, violando, dessa forma, toda a construção da noção de dignidade da pessoa humana.

Ao defender e proteger o indivíduo, assegurando como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, o legislador constitucional buscou assegurar condições dignas de vida também às crianças. Assim, não se pode admitir que um sujeito em desenvolvimento, que tem assegurado um conjunto de direitos e garantias constitucionais nacionais e internacionais, seja tratado como “coisa/objeto”, violando, dessa forma, toda a construção da noção de dignidade da pessoa humana.

Em suma, é certo que na sociedade de hoje, em que se reconhecem os direitos da criança, fica mais fácil identificar as situações que violam tais garantias. Apesar dos avanços sociais no que tange à proteção do infante contra os crimes sexuais, os Estados necessitam ainda percorrer um longo caminho para que essas garantias e direitos sejam de fato partilhados para todas as crianças do mundo. Que venham novas reflexões...!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografia Geral

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Edições Almedina, 1987.

BITENCOURT, Cezar Roberto - **Manual de Direito Penal: parte geral**. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra Editora, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2002.

_____ - **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. ISBN 972-32-0474-6.

CAPEZ, Fernando - **Curso de direito penal: legislação penal especial**. Vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08627-4.

_____ - **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial; arts. 213 a 359-H. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 978-85-53602-65-0.

CARVALHO, Américo Taipa de - **Direito Penal Parte Geral**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 973-972-32-1618-9.

DIAS, Jorge Figueiredo - **Comentário conimbricense ao Código Penal: Parte Especial**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios - **Direito penal esquematizado: parte especial**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18468-8.

GRECO, Rogério - **Curso de direito penal: parte geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. ISBN 978-85-7626-230-5. p. 485.

_____ - **Curso de Direito Penal: Parte especial**. Vol. III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. ISBN 978-85-7626-662-4.

MASSON, Cléber - **Direito penal esquematizado**. Parte Especial: (Arts. 213 a 359-H). Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014. ISBN 9788530952754.

NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-972-32-1445-1.

NUCCI, Guilherme de Souza - **Código penal comentado**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3650-2.

PRADO, Luiz Régis - **Curso de direito penal brasileiro**, Vol. 2: Parte Especial: arts. 121 a 249. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-203-3192-7.

SILVA, Germano Marques. **Direito Penal Português: Teoria do Crime**. Lisboa: Universidade Católica Editora. Lisboa, 2015. ISBN 9789725404584.

SILVA, José Afonso Da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

Bibliografia Específica

a) Livros, Monografias e Revistas Científicas.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de - **Introdução ao direito comparado**. 2ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 1998.

ALVES, Sénio Manuel dos Reis - **Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal**. Coimbra: Edições Almedina, 1995.

ANDRADE, Manuel da Costa - **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ANGEL, Pino - Violência, Educação e Sociedade: Um olhar sobre o Brasil contemporâneo. **Educação e Sociedade** [Em linha]. Campinas: vol. 28, nº 100 - Especial, (Out. 2007), p. 763-785. [Consult. 22 jan. 2019]. Disponível em <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/1012.pdf>.

ANTUNES, Maria João - Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores. [em linha]. Lisboa: **Revista JULGAR**. N.º 12 - especial (2010). p. 153-161. [Consult. 06. Jan. 2019]. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf>.

ARIÈS, Philippe - **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de - Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? **Revista Virtual Textos & Contextos**. [Em linha]. Porto Alegre. ISSN 1677-9509. Ano 5, nº 5 (Nov. 2006), p. 01-19. [Consult. 2 Jan. 2019]. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/1022/802>.

BROERING, Adriana de Souza - A “descoberta” da infância ocidental na modernidade: quais crianças foram “colocadas nesse berço”? **Revista Linhas**. Florianópolis, v. 16, n. 30, (jan./abr. 2015), p. 270 – 285.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno - Sistemas processuais do Brasil e de Portugal – estudo comparado. In: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas**

portuguesa e brasileira. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3668-8. p. 11-69.

CHAUÍ, Marilena - Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: Franchetto, Bruna, Cavalcanti, Maria Laura V. C. e Heilborn, Maria Luiza (orgs.). **Perspectivas Antropológicas da Mulher.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985, p. 25-62.

COELHO, Inocêncio Mártires - Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. **Caderno Virtual.** Brasília, vol. 2. Nº 8 (2004), p. 11.

CUNHA, Conceição Ferreira da - **Os crimes contra as pessoas: Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina.** Porto: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978-989-8835-22-2.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da - Crimes sexuais contra crianças e jovens. In: **Cuidar da Justiça de crianças e jovens - a função dos juízes sociais.** Actas do Encontro, 189-227. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____- Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. [em linha]. **Revista Jurídica Luso-Brasileira** - RJLB, Ano 3 (2017), nº 3, p. 345-376. [Consult. 22. Jan. 2019]. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/25239/1/Crimes%20sexuais%20contra%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes.pdf>

DIAS, Jorge Figueiredo - **Direito penal, parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** 2ª ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1062 p. ISBN-13: 978-8520331361.

ECCO, Clovis - Resenha do livro ARIÉS, Philippe. História Social da Criança e da Família. 2ª. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981. Publicado na **Revista Caminhos** [Em linha]. Goiânia, V. 7, nº 2 (Jul/Dez. 2009), p. 351-356. [Consult. 6 Jan. 2019]. Disponível em <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/caminhos/article/viewFile/1224/857>.

FALEIROS, Vicente de Paula - **Violência contra a pessoa idosa: ocorrências, vítimas e agressores.** Brasília: Universa, 2007.

FELIPE, Jane. Afinal, quem é mesmo pedófilo? **Cadernos Pagun.** Nº 26 (Jan./Jun.2006), p. 201-223.

FELIPPO, Thiago Baldani Gomes – **Periculosidade também importa em crime de perigo abstrato.** [Em linha]. São Paulo: CONJUR - Revista Consultor Jurídico, 2016. [Consult. 02 Jan. 2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-10/thiago-filippo-periculosidade-tambem-importa-crime-perigo-abstrato>

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - **Aurélio Júnior: dicionário escolar da língua portuguesa.** 2ª Ed. Curitiba: Editora Positivo, 2011. ISBN 978-85-385-4735-8, p.265 e 509.

FRANÇA, Genival Veloso - **Medicina legal.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

FREUD, Sigmund - Três ensaios sobre a teoria da sexualidade. In: Edição Standard Brasileira das **Obras psicológicas de Edmund Freud.** Vol. VII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GARCIA, M. Miguez - **O direito penal passo a passo** – Vol. I – Elementos da parte especial com os crimes contra as pessoas e os crimes contra a identidade cultural e a integridade pessoal. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5816-0.

GRECO, Rogério - **Crimes contra a dignidade sexual**. [em linha]. Jusbrasil. [Consult. 10. jul. 2019]. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo - **Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 1998. 264 p. ISBN: 9788524904356.

KUNG, G. Ângela e outras - O direito à sexualidade em tempos de pedofilia e criminalização: uma contribuição para a desconstrução da generalização e do sensacionalismo atuais. In: **A defesa de crianças e adolescentes vítimas de violências sexuais: reflexões sobre a responsabilização a partir de dez situações acompanhadas por centros de defesas dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: ANCED- Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente, 2009.

LEANDRO, Armando - **A criança sujeito autónomo de direitos humanos: Desenvolvimentos de uma aquisição civilizacional plena de virtualidades**. In: *e- book Promoção e proteção dos direitos das crianças na área da Justiça*. Autoria e coordenação do Projeto: Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ). Lisboa: Edição Digital, 2015, p. 10-11. [Consult. 05. Set. 2019]. Disponível em <http://fecongond.org/pdf/crianca/DireitosCriançasJustica.pdf>

LOPES, José Mouraz - **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2.

MAGALHÃES, Teresa - **Abuso de crianças e jovens: Da suspeita ao diagnóstico**, Lisboa: Lidel, 2005.

_____ - **Maus tratos em crianças e jovens: Guia prático para profissionais**. Coimbra: Quarteto Editora, 2002, p. 34 e 35.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati - **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2010.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira - **Direito internacional público: parte geral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-203-3215-3.

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional** – Tomo IV: Direitos Fundamentais. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

_____ - Sobre o Direito Constitucional Comparado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, vol. 55 (abr. 2006).

MORAES, Alexandre de - **Direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza - **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5976-0

PAGLIUCA, José Carlos Gobbi - **Direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2010. ISBN 978-85-339-1607-4.

PEQUENO, Marconi Jose Pimentel - O fundamento dos direitos humanos. [Em Linha]. In: FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; NÁDER, Alexandre Antônio Gili. (Orgs.). **Educando em direitos humanos: fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos**. João Pessoa: Editora da UFPB. V. 1, (2016). ISBN: 978-85-237-1161-0. p. 25-30. [Consult. 15 Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/02_marconi_pequeno_fundamento_dh.pdf>.

PIOVESAN, Flávia - **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-20849-0.

PRADO, Luis Regis - **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial, arts. 121 a 249**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978852036113

_____- **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 156 p. ISBN 978-85-309-8214-0.

QUEMBA, Celestino Gambula - **Crime Continuado: a problemática dos crimes sexuais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 9789725404522. p. 106-107

RIBEIRO, Catarina - **A criança na justiça: Trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

SARAT *apud* NASCIMENTO, Cláudia; BRANCHER, Vantoir Roberto; OLIVEIRA, Valeska Fortes de - A Construção Social do Conceito de Infância: uma tentativa de reconstrução historiográfica. **Revista Linhas**, Florianópolis, v. 9, n. 1, (jan. / jun. 2008). p. 04-18. Em linha <http://www.periodicos.udesc.br/index.php/linhas/article/viewFile/1394/1191>

SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____, Ingo Wolfgang - As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009, p. 15-44.

SILVA, Fernando - **Direito Penal Especial - Os crimes contra as pessoas**. 3ª ed. Lisboa: *Quid Juris* Sociedade Editora, 2011. ISBN 978-972-724-563-5.

SILVA, Germano Marques - **Direito Penal Português: Teoria do Crime**. Lisboa: Universidade Católica Editora. Lisboa, 2015. ISBN 9789725404584.

VICENTE, Dário Moura - **Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral**. Vol. I. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2018. ISBN 978-85-8493-436-2.

Fontes Documentais

Legislação:

a) Impressos e Internet

CLASSIFICAÇÃO de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas – Coord. Organização Mundial da Saúde. Tradução: Dorgival Caetano. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. ISBN 978-85-7307-724-7.

CÓDIGO Penal Brasileiro, 07 de dezembro de 1940. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSTITUIÇÃO da República Brasileira, de 05 de outubro de 1988. 48ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 4º ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017, ISBN 978-972-40-6867-1.

CONVENÇÃO do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 1º de agosto de 2014, denominada **Convenção de Istambul**.

CONVENÇÃO do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, conhecida como “**Convenção de Lanzarote**”, de 25 de outubro de 2007.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, proclamada em Paris, em 10/12/1948, pela Resolução 217, da Assembléia-Geral da ONU.

DIRETIVA 2011/92/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho.

DIRETIVA 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 13/12/2011.

ESTATUTO da Criança e do Adolescente, através da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que estabelece as normas gerais de proteção à infância e à juventude.

LEI DE PROTECÇÃO de crianças e jovens em perigo, através da Lei Portuguesa nº 31, de 22 de agosto de 2003.

MANUAL diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5.[Em linha]. American Psychiatric Association. tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento; et al. Revisão Técnica: Aristides Volpato Cordoli; et al. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ORGANIZAÇÃO Mundial de Saúde - Relatório Mundial sobre Violência e Saúde. Genebra, 2002.

PACTO Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 16 de Setembro de 1966.

PARECER Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 2/2018, ao Projeto de Lei do Senado nº 618/2015 (nº 5.452/2016, nesta Casa), apresentado em 16 de maio de 2018. [Em linha]. [Consult. 26 set. 2019]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132479>.

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. [Em linha]. [Consult. 31 mai 2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal brasileiro. [Em linha]. [Consult. 20 jun. 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

PRESIDÊNCIA da República do Brasil – Lei n.º 10.406/2002: Código Civil. [Em linha]. [Consult. 31 mai 2018]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis.

PRESIDÊNCIA da República do Brasil - Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. [Em linha]. [Consult. Out. 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm

PROJETO de Lei do Senado nº 618, de 2015 (PL nº 5452-B/2016 na Câmara dos Deputados). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>.

PROTOCOLO Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativos à venda de crianças, prostituição Infantil e Pornografia Infantil, concluído em Nova Iorque em 25/05/2000 e assinado por Portugal em 06/09/2000, mas com vigência a partir de 16/06/2003

RESOLUÇÃO do Parlamento Europeu, de 14 de dezembro de 2017, sobre a aplicação da Diretiva 2011/93/EU.

Expressões e Estatísticas:

b) Internet

Abuso in: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio de Português Online. [Em linha]. [Consult. 20 Jan. 2019]. Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/abuso>.

Conjunção carnal in: Dicionário InFormal Online [em linha]. Brasil, 2006-2019. [Consult. 30. Jun. 2019]. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/conjun%C3%A7%C3%A3o%20carnal/>

Criança in: Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2019. [Consult. 29. Jan. 2019]. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/crianca>.

ESTATÍSTICAS retiradas do RASI (Relatório Anual da Segurança Interna), do ano de 2017. p. 27-28. [em linha]. Portugal. [Consult. 19. Abril. 2019]. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=9f0d7743-7d45-40f3-8cf2-e448600f3af6>

ESTATÍSTICAS retiradas do RASI (Relatório Anual da Segurança Interna), do ano de 2018. p. 44-45. [em linha]. Portugal. [Consult. 19. Abril. 2019]. Disponível em: <file:///C:/Users/PC-04/Documents/RASI%202018%20ESTAT%C3%8DSTICA%20PORTUGAL%20CRIMES%20SEXUAIS%20INFANTIS.pdf>

Lascívia in: site significados. [em linha]. [Consult. out. 2019]. Disponível em: <https://www.significados.com.br/lascivia/>.

Necrofilia in: DICIO, Dicionário Online de Português [em linha]. Porto: 7Graus, 2018. [consult. 30. Abril. 2019]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/necrofilia/>.

Parafilia in: Artigos de apoio Infopédia [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2019. [consult. 30. abril. 2019]. Disponível em: [https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$parafilia](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$parafilia).

Sadomasoquismo in: Dicionário infopédia de Termos Médicos [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2019. [consult. 30. Abril. 2019]. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/sadomasoquismo>.

Violência in: Dicionário Jurídico [em linha]. [consult. 09 mar. 2019]. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/dicionario-juridico,violencia,24780.html>.

Zoofilia in: Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2019. [consult. 30. abril. 2019]. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/zoofilia>.

Jurisprudência:

a) Jurisprudência Portuguesa

Supremo Tribunal de Justiça:

ACÓRDÃO: Processo 162/11.1JAGR.D.C1, do Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [em linha]. Relator: Manuel Augusto de Matos. Data do Acórdão: 23/06/2016. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1d76926c6e4621f80257fed004a8e90?OpenDocument>.

ACÓRDÃO: Processo 1287/08.6JDL.SB.L1S1, do Supremo Tribunal de Justiça – STJ. [em linha]. Relator: Santos Cabral. Data do Acórdão: 12/11/2014. [consult. 15. Jan. 2019].

Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bcfa2956ccab316880257da500537dd0?OpenDocument>).

Tribunal da Relação de Coimbra:

ACÓRDÃO: Processo: 204/10.8TASEI.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [em linha]. Relator: Maria Pilar de Oliveira. Data do Acórdão: 05/06/2013. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8f60bbad90f0a3c080257b91003cf81b?OpenDocument>.

ACÓRDÃO: Processo: 490/09.6JAAVR.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [em linha]. Relator: Alice Santos. Data do Acórdão: 21/03/2012. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9fcaaf98d298a209802579e3004d4d05?OpenDocument>.

ACÓRDÃO: Processo: 889/09.8.TAPBL.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [em linha]. Relator: Belmiro Andrade. Data do Acórdão: 02/02/2011. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/744b720695f1bf3b802578420040a949?OpenDocument>.

ACÓRDÃO: Processo 169/07.3JAAVR.C1, do Tribunal da Relação de Coimbra – TRC. [em linha]. Relator: Paulo Guerra. Data do Acórdão: 15/09/2010. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a4cd983cd913de9a802577ad003474d0?OpenDocument>.

Tribunal da Relação de Guimarães:

ACÓRDÃO Processo 55/13.8TAMDR.G1, do Tribunal da Relação de Guimarães. [em linha]. Relatora: Fátima Furtado. Data do Acórdão: 05/12/2016. [consult. 11. Agost. 2019]. Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/bb39e49d5ce90fc48025808e004dd427?OpenDocument>

ACÓRDÃO Processo 216/15.5T9AVV.G1, do Tribunal da Relação de Guimarães. [em linha]. Relatora: Teresa Coimbra. Data do Acórdão: 17/12/2018. [consult. 28. Jun. 2019]. Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/9bb5ecbd278c3c5180258390003411a8?OpenDocument&Highlight=0,acto,sexual,de,relevo,171%C2%BA,n%C2%BA,1>

ACÓRDÃO Processo 624/12.3GBBCL.G2. do Tribunal da Relação de Guimarães. [em linha]. Relator: João Lee Ferreira. Data do Acórdão: 08/02/2016. [consult. 28. Jun. 2019]. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/401649161ab6032d80257f6200540f3b?OpenDocument&Highlight=0,acto,sexual,de,relevo,171%C2%BA,n%C2%BA,1>

ACÓRDÃO Processo 239/06.5GAVNC.G1, do Tribunal da Relação de Guimarães. [em linha]. Relator: Anselmo Lopes. Data do Acórdão: 28/09/2009. [consult. 28. Jun. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/dadecf32c97476bd8025764e00459af0?OpenDocument&Highlight=0,acto,sexual,de,relevo,171%C2%BA,n%C2%BA,1>

Tribunal da Relação de Lisboa:

ACÓRDÃO: Processo: 362/09.4GDSNT.L1-9, do Tribunal da Relação de Lisboa. [em linha]. Relator: Filipa Costa Lourenço. Data do Acórdão: 15/05/2014. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0f4fe6170a30c29780257cde003777a0?OpenDocument>

ACÓRDÃO: Processo: 392/10.3JAFUN.L1-5, do Tribunal da Relação de Lisboa. [em linha]. Relatora: Filipa Macedo. Data do Acórdão: 16/05/2015. [consult. 15. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8874e14105ba71ba80257e7e0039be65?OpenDocument&Highlight=0,abuso,sexual,de,crian%C3%A7a>

Tribunal da Relação do Porto:

ACÓRDÃO: Processo: 1159/11.7JAPRT.P1, do Tribunal da Relação do Porto – TRP. [em linha]. Relator: Alves Duarte. Data do Acórdão: 13/03/2013. [consult. 19. Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/6cdd73cf64c9ab4f80257b3b004bd9a7?OpenDocument>.

b) Jurisprudência Brasileira

Superior Tribunal de Justiça (STJ):

AGRAVO Regimental no Agravo em Recurso Especial 1289534/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma do STJ. Data do Julgamento: 23/04/2019. Publicado no DJe 10/05/2019.

Súmula 593, aprovada pela 3ª Seção, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 25/10/2017 e publicada no Diário Oficial da Justiça (DJe) em 06/11/2017.

REsp 1464450/SC. Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado pela Quinta Turma do STJ. Data do julgamento: 17/08/2017. Publicado no DJe 23/08/2017.

REsp 1480881/PI. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgamento realizado pela Terceira Seção do STJ em 26/08/2015 e publicado no DJe 10/09/2015.

REsp 1746712/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi, julgamento na Quinta Turma do STJ, ocorrido no dia 14/08/2018 e publicado no DJe 22/08/2018.

AgRg no REsp 1756188/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgamento na Sexta Turma do STJ, ocorrido em 18/06/2019 e publicado no DJe 27/06/2019.

Supremo Tribunal Federal (STF):

HC 101.456/ MG – Minas Gerais. HABEAS CORPUS. Relator: Ministro Eros Grau. Data do Julgamento: 09/03/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma do STF. Publicação: DJe 30/04/2010.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ MG):

Apelação Criminal: 1.0317.08.095646-7/001, julgada pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Desembargador Jaubert Carneiro Jaques. Data do julgamento: 05/12/2017. Disponível em: www.tjmg.jus.br

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ RS):

Apelação Criminal, nº 70082487190, julgada pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relatora: Cristina Pereira Gonzales. Data do Julgado em: 20/11/2019. Data da Publicação: 27-11-2019. Disponível em: www.tjrs.jus.br