



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRENO MAGALHÃES

**AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL COMETIDO POR UMA ESTUPRADORA, EM
FACE DE UM HOMEM ABSOLUTAMENTE VULNERÁVEL**

Salvador

2019

BRENO MAGALHÃES

**AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL COMETIDO POR UMA ESTUPRADORA, EM
FACE DE UM HOMEM ABSOLUTAMENTE VULNERÁVEL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves de Farias.

Salvador

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

BRENO MAGALHÃES

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMETIDO POR UMA ESTUPRADORA, EM FACE DE UM HOMEM ABSOLUTAMENTE VULNERÁVEL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018.

A

Meu querido orientador Cristiano Chaves de Farias e a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a construção deste trabalho, o meu muito obrigado!

“Superbia in Proelia”.

Manchester City

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é de questionar se o legislador ao elaborar o artigo 217-A do Código Penal, referente ao estupro de vulnerável, se deparou com a problemática de o agente ser um sujeito do sexo feminino e o ofendido um sujeito do sexo masculino, ao passo que o homem ao entrar na semenarca, já possui um considerável conhecimento acerca do ato sexual, bem como busca incessantemente iniciar sua vida sexual, fato que torna questionável a sua vulnerabilidade acerca da situação. Além do que, se esta relação resultar em gravidez da mulher, há uma obscuridade normativa acerca das consequências jurídicas resultantes de tal fato, principalmente no que concerne ao direito do fruto da concepção do suposto estupro, visto que a norma seria contraditória. Bem como questionar acerca da rigidez da norma frente a esta situação, e demonstrar que o atual dispositivo normativo, além de contraditório, violaria os direitos fundamentais do filho da relação, bem como seria contraditório à tutela conferida pelo legislador originário ao elaborar o tipo penal do estupro de vulnerável. O método utilizado na elaboração do artigo será o hipotético dedutivo, na medida em que serão feitas observações, constatações e análises para, a partir delas, serem deduzidas hipóteses que podem ser confirmadas ou não; os recursos utilizados serão essencialmente bibliográficos, a medida de que o tipo de pesquisa será feita a partir de material já publicado, como doutrinas, artigos, periódicos, material da internet e afins, onde serão analisadas os embates acerca de que se a hipótese que será tema desta pesquisa vier a se concretizar quais as possíveis repercussões que se originariam e soluções que deveriam ser tomadas para se resolver o embate da melhor maneira possível, deduzindo a partir de uma análise sistêmica da hipótese em questão. A pesquisa é de cunho qualitativo, tendo em vista que há uma interpretação e avaliação da hipótese em questão a partir de uma análise teórica sistêmica do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Vulnerabilidade; Estupro de Vulnerável; Consequências Jurídicas; Contradição Normativa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
CPP	Código de Processo Penal
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	9
2. HISTÓRICO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	12
2.1 O ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL DO IMPÉRIO NO BRASIL (1830)	12
2.2 O estupro no código penal dos Estados Unidos do Brasil (1890)	16
2.3 O estupro na consolidação das leis penais (1932).....	19
2.4 O estupro no código penal brasileiro (1940).....	21
2.5 Lei 12.015/2009.....	23
3.TIPICIDADE FÁTICA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL	25
3.1 VULNERABILIDADE	25
3.2 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....	25
3.3 BEM JURÍDICO TUTELADO.....	29
3.4 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO	32
3.5 CONSUMAÇÃO	33
3.6 STATUTORY RAPE E CASOS NOTICIADOS PELO MUNDO.....	36
4. DESDOBRAMENTOS CÍVEIS DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMETIDOS POR UM SUJEITO DO SEXO FEMININO, A UM SUPOSTO VULNERÁVEL DO SEXO MASCULINO.....	42
4.1 ALIMENTOS.....	42
4.1.1 Breve Histórico.....	42
4.1.2 Delimitação Conceitual e Natureza Jurídica	44
4.1.3 Espécies.....	46
4.1.3.1 Quanto à natureza.....	46
4.1.3.2 Quanto à causa jurídica.....	47
4.1.3.3 Quanto à finalidade	48
4.1.3.4 Quanto ao momento em que são reclamados.....	49
4.1.4 Obrigação Alimentar e Direito a Alimentos Entre Pais e Filhos Menores .	49
4.1.5 Características.....	50

4.1.5.1	Caráter personalíssimo	50
4.1.5.2	Irrenunciabilidade	50
4.1.5.3	Atualidade.....	51
4.1.5.4	Futuridade	51
4.1.5.5	Imprescritibilidade	52
4.1.5.6	Transmissibilidade	52
4.1.5.7	A não solidariedade da obrigação alimentícias.....	52
4.1.5.8	Irrepetibilidade	53
4.1.5.9	Incompensabilidade.....	53
4.1.5.10	Impenhorabilidade.....	54
4.2	PROTEÇÃO DOS FILHOS.....	54
4.2.1	Visão Histórica.....	54
4.2.2	Tentativa Conceitual.....	57
4.2.3	Guarda.....	58
4.3	DANOS MORAIS.....	62
4.3.1	Dano Moral e Alimentos.....	62
4.3.2	Abandono Afetivo.....	63
4.3.3	Perda de uma Chance.....	63
5.	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE CONCERNEM O CASO EM QUESTÃO	65
5.1	PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DO MENOR	65
5.2	PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA	65
5.3	PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA	66
5.4	DIREITO À VIDA E À SAÚDE	67
5.5	DIREITO AO RESPEITO E À DIGNIDADE	68
5.6	PRINCÍPIO DA ISONOMIA	69
5.6.1	Delimitação Conceitual	69
5.6.2	Isonomia entre Homens e Mulheres no Caso em Questão.....	69
6.	CONCLUSÃO	75
	REFERÊNCIAS.....	78

1. INTRODUÇÃO

O artigo 217- A do Código Penal, tem por escopo tutelar a dignidade sexual do menor de 14 anos e do enfermo ou deficiente mental, que não tenha capacidade de discernir acerca da prática do ato sexual.

Este trabalho tem por objetivo questionar se elaborar tal previsão normativa, o legislador deparou-se com a problemática da possibilidade de que o estupro de vulnerável ao invés de ser cometido apenas por um sujeito do sexo masculino, poderia também vir a ser cometido por um sujeito do sexo feminino.

Vejamos que o corriqueiro ao se pensar na hipótese do estupro de vulnerável, é de que um sujeito do sexo masculino, abuse sexualmente de um adolescente ou criança menores de quatorze anos, podendo a vítima ser tanto do sexo masculino como do sexo feminino.

Pensemos agora se os desdobramentos do embate se desse de modo inverso, ou seja, se a hipótese do estupro de vulnerável o infrator fosse um sujeito do sexo feminino.

Nesta hipótese, dois seriam os possíveis sujeitos passivos do ato delituoso, uma mulher (numa hipótese de relação homossexual) ou um homem.

Para um sujeito do sexo masculino ter ereção, por questões fisiológicas, é impossível, se não houver tacitamente o seu consentimento, ou seja, não haveria a possibilidade de se ocorrer um estupro, no polo ativo da relação, do homem menor de 14 anos sem a sua vontade/lascívia, portanto, sem o seu consentimento tácito.

O embate poderia ser solucionado com o entendimento de que, pouco importa a vontade do menor de 14 anos para se configurar a prática do ato delituoso, porém, o questionamento é, quais seriam os desdobramentos jurídicos, se uma mulher que cometesse a infração penal constante no artigo 217-A do código penal perante um sujeito do sexo masculino menor de quatorze anos, engravidasse deste? Devendo fazer-se a análise não só na seara do direito penal, mas dos direitos civis que teriam o filho resultante do estupro.

Teria o estupro, que se tornaria pai, obrigações de cunho civil com a criança, a exemplo da obrigação de dar alimentos, visto que, seria ele supostamente vítima de um delito?

E conforme o estatuto da criança e do adolescente, como deveria ser analisado o melhor interesse do menor estupro, que se tornará o pai? O como se daria a interpretação acerca do princípio do melhor interesse do menor, tendo em vista que, tanto o filho, como o pai nessa situação, seriam menores?

Socioculturalmente, a prática sexual precoce de um sujeito do sexo masculino menor de 14 anos, tido como vulnerável é visto de forma negativa?

É perceptível o fato de que há uma antinomia no ordenamento jurídico com relação ao estupro realizado por uma mulher, perante um vulnerável do sexo masculino que resulte em gravidez.

Apesar de o menor de quatorze anos ser presumidamente vulnerável, a tipificação desse delito origina diversos outros problemas tanto ao pai (estupro) e principalmente ao fruto do suposto estupro, que teria de conviver com a sua mãe num ambiente presídial, sabendo que a causa da prisão dela é a mesma de seu nascimento; a rotulação de ser fruto de um ato delituoso e vários outros fatores que afetariam o seu desenvolvimento sadio e feririam a sua dignidade.

É juridicamente relevante questionar acerca de uma possível lacuna normativa do legislador ao elaborar o artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, observando a partir de uma ótica multidisciplinar as consequências jurídicas e os desdobramentos que uma mera imprevisão normativa pode desencadear em todo o ordenamento jurídico, gerando dúvidas e divergências acerca de como solucionar tal embate, podendo provocar grandes alterações em vários setores de todo ordenamento, que será discutido e analisado de forma sistêmica, para tentar se chegar num consenso, a luz da proporcionalidade e razoabilidade.

A importância social deste trabalho é tentar preservar o direito a vida em um estupro consensualmente realizado por um homem menor de quatorze anos, que é tachado objetivamente como vulnerável, e tentar demonstrar que a tipificação deste crime em hipótese de gravidez da dita estupradora, causaria negativas consequências tanto na vida do dito estupro, como na vida do fruto da concepção de ambos.

O método utilizado na elaboração do artigo será o hipotético dedutivo, na medida em que serão feitas observações, constatações e análises para, a partir delas, serem deduzidas hipóteses que podem ser confirmadas ou não; os recursos utilizados serão essencialmente bibliográficos, a medida de que o tipo de pesquisa será feita a partir de material já publicado, como doutrinas, artigos, periódicos, material da internet e afins, onde serão analisadas os embates acerca de que se a hipótese que será tema desta pesquisa vier a se concretizar quais as possíveis repercussões que se originariam e soluções que deveriam ser tomadas para se resolver o embate da melhor maneira possível, deduzindo a partir de uma análise sistêmica da hipótese em questão.

A pesquisa é de cunho qualitativo, tendo em vista que há uma interpretação e avaliação da hipótese em questão a partir de uma análise teórica sistêmica do ordenamento jurídico.

Portanto, este trabalho será dividido em quatro capítulos, onde no próximo será sobre como se deu o processo histórico do estupro de vulnerável. O terceiro capítulo falará acerca da tipicidade fática do estupro de vulnerável. O quarto abordará os desdobramentos cíveis acerca do estupro de vulnerável cometidos por um sujeito do sexo feminino, a um suposto vulnerável do sexo masculino. E por fim, no quinto capítulo farar-se à uma análise acerca dos direitos fundamentais que concernem o caso em questão.

2. O HISTÓRICO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 O ESTUPRO NO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO NO BRASIL (1830)

O Código Penal do Brasil imperial, sancionado por Dom Pedro I, em 1830, trazia um capítulo inteiro com condutas que genericamente eram denominadas de estupro, apesar dos fatos serem completamente distintos entre si. (FILÓ, 2012, p.17)

Era tido como estupro, dentre outras, a conduta daquele que deflorasse “mulher virgem, menor de dezasete annos”, como quem seduzisse “mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal” ou quem tivesse “copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta”. (FILÓ, 2012, p.17).

Desta maneira foi estruturado o Código Penal de 1830, no que se referia ao estupro:

CAPITULO II
DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA HONRA
SECÇÃO I
ESTUPRO

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada. Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento.

Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

Como é possível se verificar, quatro foram as oportunidades em que este código tipificou como crime o fato de se praticar ato libidinoso com menor, mais precisamente, nos arts. 219, 220, 221 e 224. O art. 222 tipificou como crime a conduta que se equipararia a atual figura do estupro, que seria constranger alguém a praticar ato libidinoso mediante violência ou ameaça. (FILÓ, 2012, p.17).

O bem jurídico tutelado nos arts. 219, 220, 221 e 224 era a virgindade das menores de dezessete anos, numa tentativa de evitar que estas obtivessem alguma experiência de cunho sexual. (FILÓ, 2012, p.18).

O sujeito menor de dezessete anos do sexo masculino não era tutelado por este dispositivo; ou seja, se alguém tivesse qualquer tipo de ato libidinoso com um homem menor de dezessete anos sem emprego de violência, não haveria nenhuma consequência em termos legais diante dessa conduta. (FILÓ, 2012, p.18).

Somente seria possível, o homem, ser o sujeito ativo do delito tipificado no art. 219 do Código Imperial, já que a conduta típica era a defloração de mulher virgem, que via de regra, ocorre a partir do rompimento do hímen da menor de dezessete anos, modo pelo qual ocorria a consumação do fato delituoso. (FILÓ, 2012, p.18-19).

Deflorar, segundo a enciclopédia jurídica, consiste na cúpula/coito, que resultasse no ato sexual perfeito ou não com mulher virgem, realizado com o seu consentimento e obtido por meio de sedução, engano ou fraude, o que lhe tiraria a qualidade de donzela, tendo como característica o rompimento do hímen, que é ocasionado a partir da introdução do órgão genital masculino no órgão genital feminino, podendo causar com isto, lesões nesses dois órgãos. (ENCICLOPÉDIA JURÍDICA, 2014, p.1)

Todavia, não é estritamente necessário que ocorra a ruptura do hímen, pois existem casos de membrana ou hímen complacentes, que permitem que ocorra a penetração sem o seu rompimento. (ENCICLOPÉDIA JURÍDICA, 2014, p.1)

Há casos em que pelo fato da mulher ter o hímen muito fino, também pode haver o rompimento antecipado do hímen, sem que estivesse atrelado a alguma atividade sexual. (KARLLA, 2018, p.2).

Logo, o bem jurídico que o legislador visava tutelar era a inexperiência sexual da mulher, que só deveria ser “deflorada” por seu marido, devendo-se abster da

consumação de tal fato, pois no contexto histórico em que a sociedade se encontrava, manter-se virgem era requisito quase que imprescindível para que o homem consumasse o casamento com a mulher.

Naquela época, em que as mulheres ainda eram privadas de seus direitos civis e se limitavam aos afazeres domésticos, sendo dever do homem prover o sustento da família; era muito nocivo à figura feminina não vir a se casar, pois esta não teria meios para prover por si só o próprio sustento, sendo imprescindível à época, a figura masculina em suas vidas.

Pior ainda seria, se a mulher viesse a engravidar e não tivesse se casado, pois além de não ter condições dignas de prover o próprio sustento, não teria condições de prover o sustento da sua prole, causando um grande problema social.

O autor do fato deveria ter ciência da virgindade da vítima antes da realização do ato sexual e também ter ciência que esta possuía no momento do fato, idade inferior à dezesete anos. Subjetivamente era exigido ao agente o dolo de deflorar a menor de dezesete anos, ou seja, a vontade, livre e consciente, para realizar a conduta. (FILÓ, 2012, p.19).

A ausência de algum desses três requisitos, (a) vítima de sexo feminino, (b) virgindade da mesma e (c) idade menor de dezesete anos; impossibilitaria a configuração do fato delituoso; e era admitida a possibilidade de tentativa deste tipo penal. (FILÓ, 2012, p.19).

A sanção para este delito não era a pena privativa de liberdade, e sim o desterro, que seria a expulsão do autor do fato delito da comarca de onde a vítima residisse, por um período de um a três anos, além da obrigação de ter de indenizá-la; e caso o agente se casasse com a vítima, não lhe seria imputado penas. (FILÓ, 2012, p.19).

Se o autor tivesse o poder ou guarda da deflorada, a pena seria de desterro para fora da província em que residisse a deflorada, por um período maior do que o da hipótese anterior, de dois a seis anos, além de indenização à vítima. Caso o sujeito ativo tivesse grau de parentesco com a vítima que não lhes permitissem o casamento, a pena seria de degredo. (FILÓ, 2012, p.20).

Além do fato de o sujeito ativo somente poder ser do sexo masculino, havia uma tutela diferente dada aos sujeitos passivos, onde haveria a distinção em quatro grupos: (a) mulher virgem, menor de dezessete anos (art. 217); (b) mulher não virgem, tida como honesta menor de dezessete anos (art. 224); (c) a mulher tida como honesta, com idade superior a dezessete anos (art. 222, caput) e (d) a mulher tida como não honesta, ou seja, prostituta (Artigo 222). (Código Penal de 1830).

A sanção do artigo 217 do Código Penal imperial de 1830 era imposta mediante o mero fato de realizar atividade sexual com uma mulher que fosse virgem e menor de dezessete anos, o que se assemelharia, *mutatis mutandis*, ao que hoje é tipificado como o estupro de vulnerável, visto que para os padrões da época, uma mulher que não tivesse a qualidade de donzela, muito provavelmente teria dificuldades de contrair matrimônio, sendo esta, portanto, vulnerável e objeto de tutela do código penal vigente à época.

Já para a conduta prevista no artigo 222 no Código Penal imperial de 1830, que se assemelharia ao tipo penal que hoje seria a figura do estupro, a sanção era exacerbadamente mais rigorosa se praticada perante mulher tida como honesta, em comparação com a mulher tida como não honesta, ou seja, prostituta. No código penal de 1830, a pena para quem estuprasse as primeiras, variava de três a doze anos, e para quem fizesse o mesmo ato com as últimas, a sanção era de apenas um mês a dois anos.

O conceito de honestidade em relação as mulheres sempre esteve atrelado ao exercício da sua sexualidade, mais precisamente com a sua abstinência sexual (DIAS, 2011, p.511)

A sanção do artigo 224 do Código Penal imperial era a de ter relações sexuais com mulher honesta menor de dezessete anos, ou seja, que não fosse virgem. Tal delito tipificado como “sedução”, visava proteger a honra da mulher menor de dezessete anos, considerada vulnerável devido ao critério etário criado pelo legislador à época.

O núcleo do tipo é seduzir vem do latim, *seducere*, que significa levar para si, desviar, conduzir convencendo, ou seja, viciar a vontade da mulher sujeita à ação criminosa. O agente “explora a inexperiência, a boa-fé ou a ingenuidade da mulher, até que ela se preste àquilo que deseja o sedutor” (FILÓ, 2012, p.22)

Tanto nos delitos dos artigos 217 e 224 do Código Penal imperial, o objetivo em comum era tutelar a mulher menor de dezessete anos, inclusive com sanções idênticas, que seriam a de desterro da comarca onde residia a ofendida pelo período de um a três anos, e o fato de ter de “dotá-la”, o que equivaleria a uma indenização pela prática do fato. A curiosidade fica pelo fato de o legislador distinguir a mulher virgem da mulher não virgem nestes dois tipos penais.

Há de se perceber que desde esta época, o legislador se preocupou em estabelecer critérios etários para a proteção da vítima. Porém, o casamento era um fator que extinguiu a punibilidade do sujeito ativo pelo cometimento do delito. (FAVORETTO, 2011, p.26-27).

O escopo de tais sanções era de obter alguma forma para prover o sustento da mulher que fora deflorada, seja pelo incentivo quase que forçoso ao casamento, onde esta incumbência ficaria com o marido, ou por meio de indenização pecuniária, já que haveriam grandes dificuldades desta vir a contrair matrimônio com outro homem.

2.2 O ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1890)

O novo códex fora decretado pelo então chefe do governo provisório, Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, no dia 11 de outubro de 1890. (FILÓ, 2012, p.22).

O crime de estupro estava previsto no título VII- Dos crimes contra a segurança da honra e da honestidade das famílias e do ultraje ao pudor público, como é possível se verificar abaixo. (FILÓ, 2012, p.22).

TITULO VIII

Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultraje publico ao pudor

CAPITULO I

DA VIOLENCIA CARNAL

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena - de prisão cellular por um a seis annos.

Parapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude:

Pena - de prisão cellual por um a quatro annos.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão cellual por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena - de prisão cellual por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos.

O título não retratava com precisão as situações que englobavam o seu conteúdo, principalmente no que diz respeito às formas de violência sexual. O título era dividido em cinco capítulos: Da Violência Carnal, Do Rapto, Do Lenocínio, Do Adultério e do Ultraje Público ao Pudor.

Não havia um único capítulo que previsse todas as hipóteses de estupro, estando tal previsão delituosa esparsa nos cinco capítulos que compunham o título XII.

O conceito dado ao legislador ao crime de estupro, estava previsto no artigo 269, onde, exclusivamente o homem que abusasse com violência da mulher, poderia ser o sujeito ativo deste delito.

Houve uma ampliação do conceito de violência, não se resumindo apenas em atos empregados com força, e sim em qualquer situação que impedisse a vítima de poder resistir ou se defender das ações do ofensor.

Ao analisar o artigo 266, há uma perceptível ampliação no rol dos sujeitos ativo e passivo da relação nos crimes de ordem sexual, em comparação ao código anterior, onde não mais somente o homem figuraria o polo ativo, e a mulher o polo passivo da relação.

Porém, tal conduta não era tipificada como estupro, e sim, de modo genérico como violência carnal, já que como supracitado, a definição dada ao legislador do tipo penal de estupro só previa como sujeito ativo, o homem e como sujeito passivo a mulher.

Também é possível perceber que as penas deixaram de ser somente de indenização e desterro da comarca onde residia a vítima, e foram substancialmente convertidas¹ em pena de reclusão do sujeito infrator.

Houve a junção em um só tipo, nas hipóteses de estupro de mulheres virgens e honestas no artigo 268, diferentemente do códex anterior, onde havia uma fragmentação da previsão normativa, em que para as primeiras, a previsão ocorria no artigo 219, e para as últimas, nos artigos 222 e 224 do Código Penal.

O legislador incrementou ao tipo penal, mais um sujeito passivo, a mulher tida como pública, diferenciando-a da mulher tida como prostituta, apesar de ambos os sujeitos terem previsão no mesmo artigo penal, e não haver diferença na sanção em delitos cometido contra essas ofendidas.

Os elementos que caracterizavam uma mulher como pública eram puramente subjetivos; se enquadravam nesse tipo mulheres que tivessem uma vida “desregrada” com relação aos prazeres, mulheres que se relacionavam com vários homens, e que frequentassem determinados lugares que eram classificados como impróprios para a época, como bares e determinadas festas, por exemplo. (FILÓ, 2012, p, 24).

No artigo 268 §2, há a criação no tipo do estupro em concurso de pessoas, onde a pena seria aumentada à quarta parte.

CAPITULO II

DO RAPTO

Art. 270. Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gosos genesicos:

Pena - de prisão cellualar por um a quatro annos.

§ 1º Si a raptada for maior de 16 e menor de 21 annos, e prestar o seu consentimento:

Pena - de prisão cellualar por um a tres annos.

§ 2º Si ao rapto seguir-se defloramento ou estupro, o rapto incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes, que houver commettido, com augmento da sexta parte.

Art. 271. Si o rapto, sem ter attentado contra o pudor e honestidade da raptada, restituir-lhe a liberdade, reconduzindo-a á casa donde a tirou, ou collocando-a em logar seguro e á disposição da familia, soffrerá a pena de prisão cellualar por seis mezes a um anno.

¹Com algumas raras exceções, a exemplo do artigo Art. 276. “Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida.”

Parapho unico. Si não restituir-se a liberdade, ou recusar indicar o seu paradeiro:

Pena - de prisão cellular por dous a doze annos.

Art. 272. Presume-se commettido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.

A figura do estupro de vulnerável, assim como o estupro, estava esparsa no código de 1890, sendo possível se verificar nos artigos 266 § único, 270 §1, 272 e 276.

O legislador criou no artigo 272, a presunção de violência, que ocorreria sempre que a pessoa ofendida fosse menor de dezesseis anos; para que houvesse uma tutela a sujeitos que este considerava de alguma forma vulneráveis para que pudessem ter o seu consentimento dado como válido.

Essa tutela de vulnerabilidade só era concedida à mulheres consideradas honestas, que fossem menores de dezesseis anos, que possivelmente para a época, não tinham atingido certo grau de maturidade considerado suficiente para tomar certas decisões da vida civil, podendo ser facilmente ludibriadas por homens que quisessem deflorá-las ou consigo obter relações carniais.

Logo, o surgimento da vulnerabilidade presumida na figura do estupro de vulnerável, surgiu da hipossuficiência da mulher honesta, perante a hipersuficiência do homem, considerado audacioso e astuto.

Sendo que à época a inimputabilidade penal se encerrava aos quatorze anos. Porém, ao depender do grau de discernimento do infrator, o limite mínimo poderia ser reduzido, atingindo os agentes com idade de até nove anos. (OLIVEIRA, 2016, p.2).

2.3 O ESTUPRO NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAS (1932)

Tendo como autor o Desembargador Vicente Piragibe, houve pouca inovação no tocante a crimes sexuais, em comparação ao códex anterior. (FAVORETTO, 2011, p.29-30).

Devido à celeridade na elaboração do código penal de 1890, este acabou por conter várias imprecisões técnicas, motivo pelo qual sofreu diversas mudanças legislativas

após sua decretação, através de várias leis esparsas, porém, não ocorrera nenhuma mudança nos artigos anteriormente estudados. (FILÓ, 2012, p.26).

Porém, a lei nº 2.992, de 25 de setembro de 1915, acrescentou o §2º ao artigo 266, que protegia a constituição psíquica do menor de 21 anos, desde que esse não fosse “corrompido”, ou seja, que ainda não tivesse experiência de caráter sexual. (FILÓ, 2012, p.26).

TITULO VIII

Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor
CAPITULO I

DA VIOLENCIA CARNAL

Art. 266 -- Attentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

PENA - de prisão cellual por um a tres annos.

§ 1º - Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção .de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 annos, induzindo-a á pratica de actos deshonestos, viciando a sua innocencia ou pervertendo de qualquer modo o seu senso moral:

PENA - de prisão cellual por seis mezes a dois annos.

§ 2º - Corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella, actos de libidinagem

: PENA - de prisão cellual por dois a quatro annos.

Art. 267 Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude:

PENA - de prisão cellual por um a quatro annos.

Art. 268 - Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

PENA - de prisão cellual por um a seis annas.

§ 1º - Si a estuprada fôr mulher publca ou prostituta:

PENA - de prisão cellual por seis mezes a dois annos.

§ 2º- Si o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269 - Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anesthesicos e narcoticos.

Sendo esta a alteração mais perceptível; o aumento da idade do tutelado considerado vulnerável, que foi de dezesseis para vinte e um anos de idade; desde que este não tivesse obtido nenhuma experiência sexual pretérita para que ocorresse a tipificação fática, momento em que a vítima passaria do estado de “não corrupção” à “corrompido”. (FILÓ, 2012, p.26).

Segundo o dicionário Michaelis, corromper significa eliminar o bom comportamento ou os valores de natureza moral, se subverter; subornar alguém para interesse próprio ou de terceiros. Perverter-se moral ou fisicamente. (MICHAELIS, 2018, p.1).

Portanto, se uma pessoa mesmo possuindo idade inferior a vinte e um anos, já tivesse contraído preteritamente alguma experiência de cunho sexual com um agente; se porventura viesse a realizar novamente alguma experiência de âmbito sexual, com outrem, a este não poderia ser imputada pena alguma.

A tutela dada ao legislador passou a ser a “pureza” em relação a experiências sexuais ao menor de vinte e um anos.

2.4 ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL DE 1940

O novo código tratou dos crimes de cunho sexual no título VI, divididos em 7 capítulos, onde o primeiro capítulo tratou dos crimes contra a liberdade sexual, onde continha o atentado violento ao pudor, estupro, posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude. (FILÓ, 2012, p.27).

O segundo tratava da sedução e corrupção de menores; já o terceiro cuidava do rapto tanto de forma violenta, consensual e mediante fraude; o quarto capítulo previa as formas qualificadas dos tipos penais dos capítulos anteriores, tipificando quando ocorrerá a presunção de violência, as causas de aumento de pena e como se dá a ação penal. (FILÓ, 2012, p.27).

A redação original do artigo 213 do código penal, que trazia a conduta típica tida como estupro, era a seguinte: “Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, sendo esta redação modificada posteriormente pela lei 12.015/2009. (FILÓ, 2012, p.28).

O entendimento da maioria dos autores era de que o bem jurídico tutelado neste artigo era a liberdade sexual da mulher, sua autodeterminação ao escolher com quem irá se relacionar, bem como a disposição de seu corpo. (FILÓ, 2012, p.28).

Com isso, é perceptível a mudança de tratamento dada pelo legislador à mulher no novo códex, sendo um reflexo das mudanças sociais ocorridas àquele tempo.

A mulher só poderia figurar no polo passivo do crime de estupro, caso esta fosse constrangida, conforme a limitação contida no próprio tipo do artigo que era, “constranger mulher”. (FILÓ, 2012, p.28).

O artigo 213 portanto, tutelava a liberdade sexual em sentido estrito da mulher, ou seja, sua liberdade sexual vagínica em relação ao pênis, não sendo qualquer outro ato de caráter libidinoso tutelado pelo presente artigo. (FILÓ, 2012, p.28).

Havia dúvida se a mulher poderia ser sujeito ativo do crime em casos em que a mulher tivesse um clitóris hipertrófico; e após acalorada discussão da doutrina, o entendimento foi de que somente o homem poderia ser sujeito ativo do crime de estupro, visto que conjunção carnal significa conjunção do pênis com a vagina. (FILÓ, 2012, p.28-30).

A previsão típica para atos libidinosos diversos da conjunção carnal constava no artigo 214 do código penal, figura típica do atentado violento ao pudor, que seria: “constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso de conjunção carnal”; constando nesse tipo penal dentre outras o coito anal e o coito oral. (FILÓ, 2012, p.33-35).

Era perceptível o caráter residual deste delito, onde sua pena era mais branda que a do estupro, onde para a primeira figura típica a pena era de reclusão de dois a sete anos e para a segunda, era de três a oito anos. (FILÓ, 2012, p.33-34).

Com o advento da lei 8.072/90, houve a alteração legislativa de ambos os delitos, que tiveram suas penas igualadas e majoradas para de seis a dez anos, dando o legislador a mesma tutela aos atos que eram contrários a liberdade sexual tanto para os homens, quanto para as mulheres. (FILÓ, 2012, p.35).

Neste tipo penal, qualquer pessoa poderia figurar tanto no polo ativo, quanto no polo passivo da situação, podendo a mulher a partir deste marco figurar no polo ativo e o homem no polo passivo deste tipo penal. (FILÓ, 2012, p.35).

Porém, não havia a possibilidade da mulher responder pelo crime de atentado violento ao pudor, que constava no artigo 213 do código penal, ao manter conjunção carnal com homem, mesmo mediante violência ou grave ameaça, pois neste artigo, somente

a mulher poderia figurar no polo passivo e no artigo 214, é clara a previsão de que para se configurar o delito, o ato deveria ser diverso de conjunção carnal.

Assim como no código anterior, o atual código trouxe a presunção de violência em seu artigo 224, trazendo uma mudança e dois acréscimos. A mudança ocorreu na alteração da idade do menor para que ocorresse a presunção de violência; no código anterior, a vítima deveria ser menor de dezessete anos para que houvesse a presunção de violência; já no código atual, a presunção absoluta só ocorre se a vítima for menor de quatorze anos.(FILÓ, 2012, p.41).

Houve portanto, uma redução na faixa etária das pessoas as quais o legislador acredita que merecem receber uma tutela estatal mais incisiva.

Houve a ampliação do rol de sujeitos contemplados com a presunção de violência, que seriam as hipóteses de a) a vítima ser alienada ou débil mental e o agente conhecer de tal circunstância e b) a vítima não poder oferecer resistência por qualquer outra causa. (FILÓ, 2012, p.41).

Quando há a configuração do delito de estupro de vulnerável, portanto, se torna desnecessário o consentimento da vítima, que pode até existir, mas não será juridicamente válido. (FILÓ, 2012, p.41).

2.5 Lei 12.012/2009

Com o advento da lei 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram unidos em um único tipo penal, configurando-se ambos como estupro. (FILÓ, 2012, p.52-53).

Houve também a revogação do artigo 224 do código penal, onde constava a figura da presunção de violência, e surgiu em seu lugar a figura do estupro de vulnerável, tipificando a realização de condutas libidinosas contra menores, sendo positivado no artigo 217-A do códex com a seguinte redação: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos”. (FILÓ, 2012, p.53).

Conclui-se portanto que, desde os primórdios da criação do tipo penal, o legislador visou única e exclusivamente proteger a mulher, sujeito tido como vulnerável/hipossuficiente perante o homem.

A mulher, à época, não figurava o mercado de trabalho, limitando-se somente aos afazeres domésticos, sendo portanto, completamente dependente da figura masculina para poder sobreviver, já que este seria a figura incumbida de prover o seu sustento.

Sendo o homem incumbido de prover o sustento da família, e como à época, havia uma preocupação social acerca da pureza da mulher, sendo um requisito quase que imprescindível para se contrair matrimônio, se um homem, dado a sua sagacidade, ludibriasse a pobre donzela, para com esta copular, visando satisfazer suas necessidades instintivas, inerentes à condição de ser homem; se porventura, este não viesse a casar com ela, a pobre coitada dificilmente viria a contrair matrimônio, pondo em risco a sua sobrevivência, o que geraria um grande risco social.

Logo, o escopo da norma foi por meio de um incentivo legal, frear a lascívia masculina, como um meio de proteger tanto a figura da mulher, como o instituto da família.

Somente em 1990, com o advento da Lei 8.072, provavelmente dado ao princípio da isonomia, tanto o sujeito do sexo masculino, como do sexo feminino passaram a poder igualmente figurar no polo ativo.

Portanto, pelo exposto acima, conclui-se que o cerne da norma era frear a lascívia do sujeito do sexo masculino, hipersuficiente, perante o sujeito do sexo feminino, hipossuficiente, visando tutelar a dignidade sexual da mulher.

3. TIPICIDADE FÁTICA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

3.1 CERNE DA AÇÃO

Ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de quatorze anos; estando também inclusas no tipo pessoas que por enfermidade ou doença mental, não tenham o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outro motivo, não possa oferecer resistência (CAPEZ, 2015, p.77).

A conjunção carnal se configura com a cópula vagínica, que seria a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. (CAPEZ, 2015, p.77).

Já o ato libidinoso é qualquer ato que tenha cunho sexual, excluindo a cópula vagínica. São espécies de coitos anormais, a exemplo da cópula anal e carnal, que constituíam o crime de atentado violento ao pudor, do revogado artigo 214 do Código Penal. (CAPEZ, 2015, p.77).

Se o agente constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, incorrerá no crime de estupro, constante no artigo 213 do Código Penal, e não no artigo 217-A.

3.2 VULNERABILIDADE

O artigo 217-A do Código Penal Brasileiro trata sobre a hipótese do estupro do vulnerável. Mas o que seria essa figura do vulnerável?

O dicionário Léxico, conceitua da seguinte forma:

- 1. Diz-se do que ou de quem apresenta tendência a ser magoado, ferido ou derrotado; que é frágil, indefeso ou suscetível;**
 - 2. Que apresenta escassas defesas; que é fraco ou desprotegido;**
 - 3. Diz-se do que pode ser aniquilado ou destruído por;**
 - 4. (Figurado) Referente ao ponto fraco de um indivíduo, de um objeto, de um tema ou de um assunto.**
- (Etm. do latim: vulnerabilis).**

Logo, há de se observar que vulnerável é aquele que em uma dada relação onde há desigualdade entre as partes, encontra-se numa situação de extrema fragilidade perante a outra.

Porém, o conceito de vulnerabilidade ainda assim é muito abrangente, pois em boa parte das relações humanas, há uma desigualdade entre as partes que acarreta numa situação de vantagem ou extrema vantagem de uma perante a outra.

Para o Conselho Nacional de Saúde, na resolução n.466/12, seção II, 25, vulnerabilidade seria o “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido.” (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2012, p.3).

Mas, qual seria especificamente a figura que este dispositivo penal visa tutelar?

Cezar Roberto Bittencourt, diz com extrema precisão, o que seria a figura do vulnerável para o artigo 217-A do Código penal:

Todos nós em determinadas situações e em certas circunstâncias também somos mais, ou menos, *vulneráveis*. Mas não é dessa *vulnerabilidade*, eventual, puramente circunstancial, que este dispositivo penal trata. Observando-se as hipóteses mencionadas como caracterizadoras da condição de vulnerabilidade, concluiremos, sem maiores dificuldades, que o legislador optou por incluir, nessa classificação, pessoas que são absolutamente inimputáveis (embora não todas), quais sejam, *menor de quatorze anos, ou 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* (BITTENCOURT, 2015, p. 94-95).

Já para Luiz Regis Prado, a Vulnerabilidade, seja pelo fator etário, pelo estado ou condição da pessoa, se refere a sua capacidade de poder reagir a intervenções de terceiros no que se refere à prática de sua sexualidade. (PRADO, 2011, p.832).

Fernando Capez entende que vulnerável é qualquer pessoa que se encontra em situação de fragilidade ou perigo, na qual a lei não faz referência à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar numa situação de maior fraqueza moral, biológica, social, fisiológica, cultural e etc. (CAPEZ, 2015, p.76).

A vulnerabilidade têm um conceito muito abrangente, que leva em consideração a necessidade de uma tutela estatal perante certas pessoas ou situações. Compõem o

rol de vulnerabilidade casos como doença mental, embriaguez, hipnose, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, e qualquer outro caso de evidencie a fragilidade de um sujeito em relação a outro. (CAPEZ, 2015, p.76).

Em suma, vulnerabilidade se refere a discrepância na relação entre dois polos no que diz respeito a algum ato ou fato da vida, onde um polo se encontra numa situação de extrema desvantagem em relação ao outro, tal qual pode ser extremamente lesiva ao polo mais frágil, o que demandaria uma tutela maior a este polo da relação.

Para tentar evitar que se ocorra alguma injustiça, deve o estado intervir nesta relação para que de alguma forma, o que se encontra numa situação de maior fragilidade receba um tratamento diferenciado, a fim de poder equilibrar a disparidade na relação entre estes indivíduos.

Na hipótese normativa em questão, a vulnerabilidade sexual diz respeito a tutela que o legislador quis dar a aqueles que por não terem alcançado um certo grau de maturação considerado necessário para poder discernir de forma suficiente os seus atos; seja por não ter atingido certo lapso temporal que foi positivado como idade mínima para poder se haver um discernimento ou por limitações cognitivas, que impeçam a pessoa de dissociar seus atos.

Pois bem, por opção do legislador, foi estabelecido um marco temporal para que se pudesse de modo objetivo tutelar indivíduos que, por ainda estarem em fase de desenvolvimento tanto físico como cognitivo, encontram-se em uma situação de vulnerabilidade, devido a falta de maturação considerada suficiente para poder deliberar acerca de certos atos da vida civil, tal como iniciar sua vida sexual.

Para Fernando Capez, uma jovem que, mesmo menor de quatorze anos, experimentada sexualmente, envolvida com prostituição e tendo ciência dos atos que pratica, seria objetivamente considerada vulnerável, dada a sua condição de menor, sujeita à exploração sexual. (CAPEZ, 2015, p.76).

Vulnerabilidade e presunção de violência não se confundiriam, sendo vulneráveis os menores de dezoito anos, mesmo que tenham atingido a maturidade prematuramente à sua maioridade.(CAPEZ, 2015, p.76).

A condição de vulnerabilidade surge da incapacidade da vítima de compreender que há limitações em sua razão ou sentido de forma permanente, temporária ou mesmo acidental. (PRADO, 2011, p.832)

Bittencourt, presumiu que o legislador separou em dois marcos distintos a vulnerabilidade, sendo esta distinguida entre absoluta e relativa.

A vulnerabilidade relativa seria aquela referente ao menor de dezoito anos, e a prática do ato sexual ocorrida sem o seu consentimento, geraria os efeitos referentes ao estupro de vulnerável, já que por ainda não ter alcançado a maioridade, este se encontraria numa situação de fragilidade perante o adulto. (BITTENCOURT, 2015, p.95-96).

Já a vulnerabilidade absoluta, sob a qual trataremos neste estudo, refere-se ao menor de quatorze anos, que independentemente de seu consentimento, qualquer prática de ato libidinoso praticada contra si, em qualquer grau, por opção do legislador, configuraria o delito do estupro de vulnerável, onde a presunção nesta hipótese ocorreria de forma absoluta. (BITTENCOURT, 2015, p.95-96).

Na realidade, o legislador faz uma grande confusão com a *idade vulnerável*, ora refere-se a menor de quatorze anos (arts. 217-A, 218 e 218-A), ora a menor de dezoito (218-B, 230, § 1º, 231 §2º,I, 231-A, §2º,I). A partir daí pode-se admitir que o legislador, embora não tenha sido expresso, trabalhou com *duas espécies de vulnerabilidade*, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito), conforme destacou, desde logo, Guilherme Nucci. No entanto, somente a *vulnerabilidade* do menor de quatorze anos pode ser, em tese, *presumida*, as demais devem ser comprovadas, como veremos adiante. (BITTENCOURT, 2015, p. 95-96).

O STJ tem pacificado o seu entendimento sobre o tema, como é possível observar neste Recurso Especial Repetitivo, do relator Ministro Rogério Schietti Cruz:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).[...] **assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: 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. (STJ. REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015).

3.3 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

O código penal de 1890 foi a primeira legislação que fez a previsão da presunção de violência, em seu artigo 272, onde a violência era ficta, se praticada perante menor de dezesseis anos (PRADO, 2011, p.830).

O código penal de 1940, manteve a presunção de violência, entretanto, diminuiu a faixa etária para que houvesse presunção de violência de dezesseis para quatorze anos, e acrescentou as hipóteses da vítima ser alienada, débil mental ou que por algum outro motivo, não possa oferecer resistência, em razão de sua condição de vulnerabilidade. (PRADO, 2011, p.830).

O extinto artigo 224 do Código Penal considerava que a violência era presumida se a vítima tivesse idade igual ou inferior a quatorze anos. Atualmente, a presunção só ocorre se a vítima tiver idade inferior a quatorze anos, portanto, se o crime for praticado contra a pessoa no dia do seu décimo quarto aniversário, não mais se configurará o delito. (CAPEZ, 2015,p.78)

Atualmente, três são as hipóteses em que ocorre a presunção de violência nos crimes contra a dignidade sexual, o que é denominado de violência ficta, que ocorrem nas hipóteses de (a) vítima ser menor de quatorze anos; (b) aquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; e (c) o agente não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (CAPEZ, 2015, p.78-84).

Foi criada portanto, uma presunção legal de que sempre haveria o emprego de violência no ato, pois não haveria capacidade do menor de quatorze anos para poder consentir ou mesmo para poder resistir ao ato. Haveria diferença desta para com a

violência real, pois, nesta última, haveria efetivamente coação física ou moral. (CAPEZ, 2012, p.75-76).

Com isso, ainda que com o consentimento da pessoa na prática do ato sexual, haveria a configuração do ato delituoso, devido às peculiaridades das condições da vítima, que seria incapaz para o consentimento do ato, tendo o estupro real ou presumido, o mesmo tipo incriminador. (CAPEZ, 2012, p.75-77).

Vale ressaltar que com base na atual redação do artigo 1ºVI, da Lei nº8.072/90, o estupro de vulnerável se enquadra como crime hediondo. Antes desta modificação legal, houve a discussão de que nos casos onde a violência fosse presumida nos crimes sexuais, se haveria natureza hedionda, na qual o entendimento dos Tribunais Superiores é pela hediondez do delito (CAPEZ, 2015, p.76).

Com a criação do art. 217-A do Código Penal, houve a revogação expressa do art. 224 do Código Penal pela lei n. 12.015/2009, mas todas as condições nele contempladas passaram a integrar o novo dispositivo penal, que não mais se refere à presunção de violência, e sim às condições de vulnerabilidade da vítima. (CAPEZ, 2015, p.76).

O escopo de tal artigo é de tutelar as pessoas que por dadas circunstâncias, não possuíam capacidade para consentir validamente ou para oferecer resistência, portanto, a mera incidência fática dessas três hipóteses elencadas acima seriam suficientes para que houvesse a configuração do delito. (CAPEZ, 2015, p.78).

Fernando Capez ressalta que a tendência na doutrina era emprestar valor relativo a essa presunção de vulnerabilidade, porém, esta corrente é minoritariamente partilhada pela jurisprudência. (CAPEZ, 2015,p.78)

Segundo essa corrente doutrinária, essa presunção deveria ser afastada nas seguintes hipóteses: a) vítima que aparentava ser maior de idade, b) que era experiente na prática sexual, c) que já se demonstrava corrompida, d) vítima que forçou o agente a possuí-la, e) que se mostrava despuerada, devassa. (CAPEZ, 2015, p.78-79)

Portanto, para essa corrente, a presunção não poderia ser absoluta, pois poderia fazer a adoção indevida acerca da responsabilidade objetiva, pois o dispositivo em questão

teria o condão de proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico, e havendo a vítima apresentasse evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não haveria o porquê de se impedir a análise da questão no caso concreto, observando as suas peculiaridades. (CAPEZ, 2015, p.78-79)

É possível perceber que esta corrente doutrinária ao falar destas hipóteses, está presumindo que sempre a vítima do estupro de vulnerável seria do sexo feminino, uma vez que em regra, homens com idade inferior à quatorze anos não aparentam ter mais de dezoito anos e geralmente não tem muita experiência acerca da prática sexual, apesar de estarem em constante busca da sua iniciação sexual ao atingirem a semearca, fenômeno este que será melhor explicado no tópico 5 deste mesmo capítulo.

Conforme o escopo histórico da tutela do legislador originário acerca do estupro de vulnerável, não seria coerente em todo esse posicionamento da doutrina, uma vez que, conforme veremos mais adiante no capítulo sobre a isonomia na relação entre o homem e a mulher, para se evitar certas consequências que podem ser demasiadamente gravosas a mulher, como a gravidez prematura de forma irresponsável e as doenças sexualmente transmissíveis, deve-se buscar suprimir a liberdade sexual do homem maior de dezoito anos, dado a sua hiperssuficiência em relação aos menores de quatorze anos de ambos os sexos.

Tal supressão deve ser feita para que se evitar que homens maiores de dezoito anos, que são pessoas com uma lascívia mais exarcebada, e de uma maior força física, devido à alta concentração de testosterona em seus corpos, sejam incentivados pela alteração normativa a buscar se relacionar sexualmente com mulheres menores de quatorze anos, visto que, isso pode aumentar o índice de mulheres dessa faixa etária que engravidam precocemente, o que representa um grande risco tanto para sua saúde, como para sua vida escolar, como veremos mais adiante.

Fora o fato de que dado a sua maior força física, o homem maior de dezoito anos pode ameaçar os menores de quatorze a dizer que a relação entre eles se deu de maneira consensual, sendo isto mais um argumento para tentar frear legalmente a lascívia destes sujeitos.

Pessoas nessa faixa etária inferior a quatorze anos são mais facilmente corrompíveis, o que pode resultar no incentivo à prostituição de menores, o que aumentaria tanto a chances de gravidez (numa relação heterossexual), como de contração de doenças sexualmente transmissíveis a essas pessoas que ainda estão em fase de desenvolvimento, e que conforme o estatuto da criança e do adolescente, deve toda a sociedade buscar o sadio desenvolvimento dos jovens.

Porém, em situações de erro de tipo inescusável, ao qual a vítima alega uma idade superior ao limite penal, sem a possuir, ou que aparentar ser mais velha e mentir ou omitir sua idade para um sujeito maior de dezoito anos do sexo masculino, parece completamente desarrazoado se fazer a presunção absoluta deste caso, pois seria um benefício da própria torpeza da suposta vítima, devendo portanto, os tribunais se atentarem a este tipo de situação, para evitar que ocorram verdadeiras injustiças, visto que a sanção para este tipo de delito é demasiadamente severa.

3.4 BEM JURÍDICO TUTELADO

O bem jurídico tutelado pelo dispositivo é primordialmente a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz, tendo como bem jurídico mediato a dignidade sexual destes, visando o desenvolvimento sadio do menor. (BITTENCOURT,2015, p.98,99)

Na verdade, mais que proteger a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz (que sabidamente, não existe nessa hipótese), a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que na fase adulta, possa decidir conscientemente, e sem traumas psicológicos, o seu comportamento sexual; para que tenha em outros termos, serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto à sua opção sexual. (BITTENCOURT, 2015, p. 99)

Portanto, para o legislador no vigente códex penal, há a necessidade de um lapso temporal, positivado em quatorze anos, para que possa se considerar suficiente o discernimento do menor, para que este possa deliberar acerca de sua liberdade sexual, pois segundo entendimento atual, o envolvimento de caráter sexual anterior a esta estipulação legal, poderia acarretar em algum tipo de trauma na vida do menor, de

modo que, comprometeria seu desenvolvimento sadio, podendo causar possíveis sequelas em seu integro desenvolvimento.

3.5 SUJEITOS

O atual entendimento acerca de quem seriam os sujeitos do delito previsto no artigo 217-A do Código de Processo Penal, como bem frisou Cezar Roberto Bittencourt é de que,

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, indistintamente, homem ou mulher, contra, inclusive, pessoa do mesmo sexo. Como destacamos, coautoria e participação em sentido estrito são perfeitamente possíveis, inclusive contra vítimas do mesmo sexo dos autores ou partícipes. (BITTENCOURT, 2015, p.99).

Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa que apresente a qualidade ou condição especial de vulnerabilidade exigida pelo tipo penal, seja pela menoridade de quatorze anos, seja em razão de tratar-se de alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer causa, não pode oferecer resistência.(BITTENCOURT, 2015, p.99).

Houve portanto, uma ampliação do rol de sujeitos ativos do crime em relação aos códex penais anteriores, onde não mais somente o homem poderia figurar como sujeito ativo do delito, podendo qualquer pessoa maior de dezoito anos, figurar como agente causador da infração tipificada normativamente.

Para Fernando Capez, a mulher somente passou a ser sujeito ativo do crime com a introdução da lei 12.015/2009, pois o tipo penal passou a abarcar não somente a conjunção carnal, mas também qualquer outro ato de caráter libidinoso (CAPEZ, 2015, p.77).

Já Luiz Régis Prado entende que qualquer pessoa possa ser sujeito ativo do delito, desde que possua mais de dezoito anos. Já para ser sujeito passivo, a idade deve ser inferior a quatorze anos, podendo ser de ambos os sexos; ou caso a pessoa mesmo tendo ultrapassado essa faixa etária, seja acometido de alguma enfermidade ou deficiência, ou que de alguma forma, não possa oferecer resistência. (PRADO, 2011, p. 831).

Porém, neste ponto surge uma problemática, pois apesar do homem com idade inferior a quatorze anos ser presumidamente vulnerável pelo código penal brasileiro; biologicamente, o mesmo entra na puberdade em média entre os nove aos quatorze anos de idade e começa a ejacular em média aos doze anos e oito meses, segundo o ministério da saúde, por um evento denominado se semenarca ou espermarca. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p.4)

A idade da primeira ejaculação – conhecida como semenarca ou espermarca – ocorre em média aos 12,8 anos. Geralmente, ocorre também a poluição noturna, ou seja, a ejaculação involuntária de sêmen quando o adolescente está dormindo, decorrente de um estímulo cerebral com sonhos eróticos que levam ao orgasmo. É um evento fisiológico normal, mas, às vezes, causa constrangimentos e dúvidas aos adolescentes e a seus familiares que devem ser orientados e tranquilizados pelo profissional de saúde. (SECRETARIA DO ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS, 2006, p.54)

Pelo supracitado, percebe-se que o homem nessa faixa etária, por volta dos doze anos, já tem alguma noção sobre a temática sexual, ao ter pensamentos de cunho erótico, lhe fazendo ter os primeiros estímulos para que comece a ejacular, o que teoricamente lhe tornaria apto a iniciar sua vida sexual, do ponto de vista biológico/natural.

Silvia Petrilli em seu livro Rosa-Dos-Ventos, teoria do Psicodrama, ao falar da onipotência puberatória masculina diz que:

Muito mais evidente nos rapazes, nos seus 13 anos, principalmente pela presença de testosterona que passa a inundar seu corpo (maremoto de testosterona), porque os testículos já estão a pleno vapor, produzindo bastantes espermatozoides. É a semenarca que já ocorre aos 12/13 anos. Caso o Púbere não se masturbe com suficiência para ejacular os espermatozoides já formados, ele pode apresentar poluição noturna, que é uma ejaculação espontânea, geralmente dormindo, acompanhada de sonhos eróticos. O pênis ainda têm características infantis. Há púberes em quem o pênis permanece sem alterações até a etapa da mutação, e outros em que o crescimento do pênis vai ocorrendo aos poucos. Pouco cresce em altura, mas desenvolvem-se muito os pés e as mãos. A coluna vertebral entra em “erecção”, isto é, fica erecta e não mais “molinha” como nas etapas anteriores.

Bastante agressivo, busca uma auto-afirmação a qualquer custo, transformando as desvantagens em vantagens mesmo que para isso tenham de mudar constantemente os critérios de funcionamento. Como já não se sente mais como criança, mas ainda não tem sua própria identidade, tenta afirmá-la pela oposição, contestação, agressão, birras, crises de mau humor etc. Que são mecanismos psicológicos de defesa bastante primitivos. É como se despisse da infância, mas ainda não tivesse encontrado as roupas (psicológicas) da adolescência.

Ainda está na fase do reconhecimento do novo eu-púbere, cuja parte sexual entra em intensa atividade pelo menos psiquicamente. Após ocupar-se bastante no relacionamento consigo próprio: Eu-eu, agora o púbere quer

experimentar o seu desempenho sexual. Para isso, qualquer mulher serve, porque não está atento à mulher, mas ao seu próprio desempenho. A mulher é tratada como objeto que é usado para ele provar a si mesmo o desempenho sexual e também contar aos seus amigos. É o relacionamento Eu-isso. Sua atenção está totalmente voltada à sexualidade, apesar de estar apto a engravidar. (PETRILLI, 1994, p.146).

Diante disto, há de se perceber que o homem nessa faixa etária de doze a treze anos está ainda na transição da infância para a vida adulta e começa a biologicamente se tornar apto a procriar, já possuindo uma noção do que se trata a atividade sexual, havendo algum discernimento acerca do tema.

O que pode ser questionado é a suficiência deste discernimento, que seria o liame para se questionar se de fato, haveria ou não a vulnerabilidade do sujeito do sexo masculino, neste período em que começa a emergir sua lascívia; se contrapondo a presunção legal feita ao legislador.

Porém, pelo exposto acima, principalmente com base na obra de Silvia Petrilli, é possível perceber que o homem ao entrar na puberdade, além de ter noção acerca da prática da atividade sexual, vive um momento de efervescência, no qual busca incessantemente sua iniciação na vida sexual, o que tornaria possível afirmar que o mesmo já teria algum bom discernimento acerca dos atos sexuais.

Como já dito anteriormente, que o escopo da tipificação do estupro de vulnerável, visava coibir a liberdade sexual do homem maior de dezoito anos, tendo em vista a sua hipersuficiência.

A prática de atos sexuais deste homem maior de dezoito anos, perante menores de ambos os sexos ainda deve ser coibida, visto que, este, por também ter suas necessidades de cunho sexual bastante afloradas, tanto se tratando de uma relação de cunho homossexual ou heterossexual, este poderia coagir a vítima a afirmar que houve consentimento na relação, e esta, por medo, sucumbir aos desejos do maior, mesmo contra a sua vontade.

Porém, em se tratando de uma relação de cunho sexual de um sujeito menor de quatorze anos do sexo masculino, com uma mulher maior de dezoito do sexo feminino, resta claro que muito provavelmente, se houve a prática do ato sexual, houve além do consentimento, a procura do menor do sexo masculino em praticar o ato, já que a

efervescência dos hormônios na puberdade gera instintivamente essa busca do menor pela prática.

E havendo essa procura, resta claro que não haveria assim uma vulnerabilidade de um menor de quatorze anos do sexo masculino que queira ou procure iniciar sua vida sexual, visto que este já possui um discernimento suficiente do ato que está praticando, tanto é que objetifica a mulher visando unicamente inflar seu ego, se autoafirmar perante os demais, sendo a prática de tal ato, motivo de glória perante seu círculo social, já que isto seria uma espécie de ritual para sua iniciação na vida adulta.

Porém, como todo bônus, há sempre um possível ônus, que neste caso, é a possibilidade de essa relação resultar em gravidez, e nisto acontecendo, o menor pode se debruçar diante da legislação vigente como um meio de se eximir da responsabilidade que resultaria do fato de se tornar pai, pois poderá alegar que foi vítima de estupro perante a mulher maior de dezoito anos.

Legalmente, é completamente contraditório exigir de uma vítima, que arque com as responsabilidades originadas dessa gravidez, oriunda de um estupro, ainda que presumido, pois, como um sujeito além de ser estuproado, ainda poderia ser compelido a arcar com os ônus oriundos da paternidade? Ele seria duplamente punido, portanto, se prevalecer esse atual entendimento de que ele é vulnerável nesta situação.

E isto acarretaria numa contradição ao objeto inicial de tutela do legislador penal, que visava proteger a mulher, para que esta não ficasse desamparada, bem como o seu filho, o que ocorreria no caso em questão, com um agravante, a mesma ainda seria sancionada a uma pena privativa de liberdade, e poderia seu filho correr o risco de ficar completamente desamparado, violando o melhor interesse do menor.

3.6 STATUTORY RAPE E CASOS NOTICIADOS PELO MUNDO

Apesar de parecer pouco provável do ponto de vista cultural, uma mulher adulta se interessar por um garoto menor de quatorze anos, em alguns países estão sendo

noticiados casos em que mulheres estão se relacionando sexualmente com homens dessa faixa etária.

Nos Estados Unidos estão ocorrendo controvérsias do ponto de vista legal em casos que mulheres cometeram estupro perante homens menores.

A questão da incoerência é um dos destaque nas discussões, porque os estados ficam do lado da vítima, no processo de estupro, e depois ficam do lado da agressora, quando é o caso de cobrar pensão alimentícia para a criança.

Em outras palavras, o estado que se empenha em aplicar pena de prisão para mulheres acusadas de estupro, também buscam punir as vítimas que não pagam pensão alimentícia. Os estados fazem isso porque, se ninguém pagar pensão alimentícia à criança, eles terão de arcar com as despesas. (MELO, 2017, p.1).

Há alguns casos noticiados, a exemplo de Nick Olivas, que aos 14 anos teve relações sexuais com uma mulher de 20 anos e a engravidou. Ao completar 21 anos, tomou ciência de ser pai de uma menina de 6 anos, e foi condenado a pagar 15 mil dólares em pensões alimentícias atrasadas, mais 10% de juros, além das despesas hospitalares do parto. Pelas leis do Arizona, a conduta cometida pela mulher de 20 anos é considerada estupro. Tal fato foi denominado de *Statutory Rape*, ou seja, Estupro Criado por Lei. (Melo, 2017, p.2)

Neste caso em questão, pelas leis brasileiras, não haveria uma incoerência, já que a hipótese normativa do estupro de vulnerável prevê que este deve ser menor de quatorze anos.

Porém, há outro caso noticiado que ocorreu na Flórida, nos Estados Unidos de Marissa A. Mowry, babá de vinte e cinco anos que mantinha relações sexuais com um menino desde que ele possuía onze anos, e engravidou pouco tempo depois de se relacionar com o garoto. (GONÇALVES, 2017, p.1).

Em 2017, segundo apurações da Fox 13 News, o fruto do estupro tem três anos de idade e mora atualmente com o seu pai (o suposto estuprado) e a sua avó, que conseguiram a guarda da criança por via judicial. Sua mãe continua presa.(GOMEZ, 2017, p.2, tradução nossa).

Shane Seyer, quando tinha doze anos, foi estuprado por sua babá Colleen Hermesmann de dezesseis anos. Ela ficou grávida do garoto em 1989, e logo em seguida foi acusada de ter estuprado-o. (MULLER, 2018, p.1, tradução nossa)

Devido a sua idade, Colleen Hermesmann, foi considerada infratora juvenil pelo delito não sexual de “contribuição para má conduta infantil”, ao invés de ser condenada por estupro. Shane Seyer foi posteriormente condenado ao pagamento de pensão alimentícia pelo filho oriundo do estupro que este sofreu. (MULLER, 2018, p.1, tradução nossa).

Aos 15 anos, em 1993, Shane Seyer recorreu desta decisão perante a Suprema Corte do Kansas, nos Estados Unidos, sob o argumento de que ele não deveria ser responsabilizado por esses pagamentos, afirmando que sua babá, Colleen Hermesmann, se aproveitava dele sexualmente quando era jovem demais para poder consentir com o ato. (MULLER, 2018, p.1-2, tradução nossa).

A Suprema Corte do Kansas decidiu de forma contrária a Seyer, afirmando que, como ele inicialmente consentiu com os encontros de natureza sexual, e nunca contou a seus pais acerca do que estava acontecendo, ele teria a responsabilidade de dar o suporte necessário à criança. (MULLER, 2018, p.2, tradução nossa).

Este processo judicial estabeleceu um precedente para as vítimas masculinas de estupro fazerem pagamentos de apoio à criança. As necessidades financeiras das crianças superam o interesse do tribunal em dissuadir crimes sexuais contra menores do sexo masculino, mesmo que o estupro seja a causa da concepção. (MULLER, 2018, p.2, tradução nossa).

O *Statutory Rape*, ou estupro criado por lei, é um termo utilizado nos Estados Unidos similar ao que no Brasil é Tipificado como estupro de vulnerável, que não se confunde com o estupro comum/ordinário.

O único fator que diferencia a atividade sexual legal, do estupro, é a idade. A falta de consentimento ou uso da força podem aumentar a extremidade da punição, mas não precisa ser envolvido no contato sexual para que a violação legal tenha ocorrido. (AGE OF CONSENT, 2018, p.1, tradução nossa).

A violação legal pode ser tratada de forma diferente, dependendo dos sexos da vítima e do agressor. Até o final dos anos 1900, o estupro legal envolvendo uma mulher adulta e um adolescente era muitas vezes ignorado pela lei, enquanto um caso de estupro envolvendo um homem adulto e uma garota menor de idade era tratado com muito mais seriedade. Esse tipo de pensamento ainda está um pouco presente hoje, embora os crimes sejam legalmente equivalentes a qualquer outro. (AGE OF CONSENT, 2018, p.1, tradução nossa).

O *Statutory Rape* é uma ferramenta utilizada como uma espécie de represália, para que adultos não busquem se relacionar sexualmente com menores mentalmente

imaturos. A idade para o consentimento em si é a idade em que o jovem é considerado mentalmente competente para poder consentir aos contatos de cunho sexual. (AGE OF CONSENT, 2018, p.1-2, tradução nossa).

A sua criação tinha como único propósito proteger mulheres jovens de homens que poderiam engravidá-las, e deixá-las desamparadas, e com a responsabilidade de ter de criar uma criança sozinha. Esta espécie de medida preventiva, visava desencorajar a gravidez na adolescência, que muitas vezes era resolvida com um “casamento de espingarda”. Ajudou também a preservar a “casabilidade” de mulheres jovens, geralmente definida como suas castidades. (AGE OF CONSENT, 2018, p.1-2, tradução nossa).

Na Inglaterra, Jade Hatt de vinte e um anos que era babá de um garoto de onze anos, confessou ter tido relações sexuais com o garoto em uma das ocasiões em que tomava conta dele. Ela chegou a ser presa pelo fato, porém, em julgamento do caso, teve sua sentença suspensa pela Justiça britânica. (BBC, 2015, p.1-2).

A justificativa foi de que “o menor era bastante maduro para sua idade, e ela, por sua vez, era muito imatura para sua idade”.

Hatt contou com a defesa do próprio pai do menino, que declarou no tribunal que seu filho estava “plenamente disposto” para a experiência e que “não foi prejudicado em nada” pela situação.

“Isso confirma uma ideia comum na sociedade de que o abuso de um menino por uma mulher é, de alguma forma, menos grave que o abuso de uma menina por um homem”, disse a organização em comunicado.

“Na verdade, ele com certeza verá isso como uma marca (de vitória) para seu cinturão”, garantiu o pai, que, no passado, também chegou a se relacionar sexualmente com Hatt.

O juiz Tim Mousley aceitou o argumento da defesa sobre a suposta imaturidade de Hatt, especialmente em comparação com um garoto descrito pelo seu próprio pai como “louco por sexo”.

“Isso reduz a diferença numérica de idade entre vocês”, disse Mousley ao justificar a decisão de não manter a babá presa, tal como sugere a lei para esses casos(BBC, 2015, p.2-3).

Por essas declarações do pai da suposta vítima, percebe-se que culturalmente, o início prematuro da atividade sexual do homem é de certo modo bem visto pela sociedade.

Além do que, isto converge com o exposto no tópico anterior deste capítulo, bem como o relatado por Silvia Petrilli em sua obra, enfraquecendo portanto, a tese acerca da vulnerabilidade do homem nessa faixa etária em que alcança sua puberdade.

Fato semelhante ocorreu também nos Estados Unidos:

A discussão sobre penas excessivas para mulheres esquentou depois que um juiz do Texas condenou a professora Alexandria Vera, de 24 anos, a 10 anos de prisão, por manter relações sexuais com um aluno de 13 anos, por vários meses. Ela deverá cumprir pelo menos cinco anos em prisão fechada, antes de ter direito à liberdade condicional.

No julgamento, o aluno testemunhou que a relação foi consentida porque eles se amavam. Por sua vez, os pais do garoto testemunharam que sabiam da relação e a apoiaram. Diversos alunos da escola testemunharam a favor da professora. Mas o juiz decidiu aplicar uma pena exemplar, para que outros professores não façam o mesmo.

A pena foi reduzida para 10 anos porque o juiz aceitou um acordo entre a mulher e os promotores, no qual ela confessou o “crime”, em troca de uma pena menor. Não fosse o acordo, ela poderia pegar pena que, segundo a lei estadual, seria de 30 anos à prisão perpétua, se condenada. (MELO, 2017, p.1-2)

Pelo exposto, conclui-se que a atual norma vigente é contraditória, e de certo modo descabida, já que, culturalmente, não somente no Brasil, como em outras partes do mundo, a exemplo dos Estados Unidos e Inglaterra, o escopo originário da norma era tutelar a figura feminina, e não a figura masculina.

E que ao entrar na puberdade, o homem sempre irá em busca de sua iniciação na vida sexual, e isso não é visto de forma negativa, chegando a alguns casos, a ser inclusive motivo de orgulho para o pai, sendo portanto, algo visto de maneira positiva, e de certo modo até incentivado pela sociedade.

Já para a mulher neste caso, vem se mostrando algo extremamente gravoso e descabido, o que vem gerando decisões das mais diversas acerca do tema, sendo umas contraditórias, onde se pune a mulher por ser a suposta estupradora e o suposto estupro posteriormente a arcar com as responsabilidades oriundas da gravidez.

E outras onde são criadas teses pitorescas, a exemplo de dizer que a mulher é imatura demais para a idade dela, e o menor maduro demais para a idade dele, numa tentativa de enquadrar forçosamente a realidade social com a norma vigente, para que aja uma decisão sensata acerca do tema.

Já em outras, a mulher é penalizada de maneira severa, mesmo com o consentimento da família acerca da relação, e ainda há casos em que por resultar em gravidez, o suposto estupro, pra se omitir do ônus, se coloca numa situação de vítima.

Além de que, o atual entendimento acerca do delito em nosso ordenamento pátrio é de que se trata de um crime de natureza hedionda, na qual a pena é exarcebadamente severa.

Portanto, conclui-se que, deve-se buscar uma uniformização de entendimento acerca do tema, evitando este tipo de balbúrdia jurídica, devendo-se criar uma norma compatível com a realidade fática, visando o melhor interesse para todas as partes, devendo a norma ser o menos onerosa possível para todos os envolvidos, na medida do possível.

4. DESDOBRAMENTOS CÍVEIS DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMETIDOS POR UM SUJEITO DO SEXO FEMININO, A UM SUPOSTO VULNERÁVEL DO SEXO MASCULINO

4.1 ALIMENTOS

4.1.1 Breve histórico

Historicamente, o homem era tido como o chefe da família, onde este exercia o pátrio poder, e a ele ficava incumbido o dever de prover o sustento desta família, o que se converteria em dever de alimentar, na hipótese de dissolução do casamento. (DIAS, 2017, p.580-581).

No código civil de 1916, dado ao seu perfil extremamente conservador, havia um grande esforço do legislador para que se fosse perpetuado o instituto do casamento, motivo pelo qual não era permitido o reconhecimento de filhos ilegítimos, e por isto, estes não poderiam pleitear alimentos. (DIAS, 2017, p.581).

Só fora permitido que, filhos de relações extraconjugais ingressassem com ação de investigação de paternidade, para poder pleitear alimentos, trinta anos após a promulgação do Códex Penal de 1916. (DIAS, 2017, p.581).

A extinção do matrimônio só seria possível em hipóteses de anulação ou morte; porém, havia a possibilidade da realização do desquite, onde ocorreria a separação de fato dos consortes, a dispensa do dever de fidelidade, e o término do regime de bens. Porém, o vínculo matrimonial permanecia inalterado. (DIAS, 2017, p.581).

Como o casamento não se dissolvia, permanecia o dever de assistência do homem para com a mulher, considerada inocente e pobre; e o dever de sustento só cessava caso a mulher viesse a abandonar o lar sem justo motivo. (DIAS, 2017, p.581).

A preocupação do legislador estava atrelada à conduta moral da mulher, que deveria ser considerada honesta, para poder ter direito à pensão alimentícia. O exercício da

liberdade sexual por parte dessa, fazia cessar a obrigação alimentar, sem a preocupação de que se esta teria meios para prover o próprio sustento ou não. (DIAS, 2017, p.581).

A mulher para poder ter direito a alimentos, precisava mostrar sua castidade, ou seja, sua fidelidade, pureza e bom comportamento perante o ex marido. Logo, a castidade era elemento integrante do suporte fático do direito a alimentos. (DIAS, 2017, p.581).

A partir da lei de divórcio (Lei 6.515/77), o dever de prover alimentos passou a ser de ambos os consortes; porém, aquele responsável pela dissolução da união é quem ficava incumbido de indenizar com alimentos o cônjuge que não deu causa a esta. (DIAS, 2017, p.581).

Para poder perquerer alimentos, o consorte além de provar que não teve culpa na dissolução da união, deveria ter de provar que o outro consorte deu causa à separação, pois, somente o cônjuge inocente teria direito à pensão alimentícia. Até a simples iniciativa judicial de buscar a dissolução, impediria a possibilidade de que se houvesse o pleito dos alimentos. (DIAS, 2017, p.581-582).

Já no atual código civil, não há distinção com relação à origem da obrigação, se decorre do rompimento do casamento, da união estável, do poder familiar ou do parentesco. (DIAS, 2017, p.581-582).

Fazendo-se conjuntamente uma análise do histórico dos códex cível e penal, é possível se chegar a conclusão de que, o objetivo do legislador, conforme a dinâmica social da época, era de proteger o instituto do casamento, uma vez que, se a mulher fosse eivada de sua “pureza”, esta teria uma grande dificuldade de vir a contrair matrimônio.

Outro fato que torna possível essa afirmação é que, filhos ilegítimos não tinham direito a alimentos, o que reforçava a necessidade de se garantir a castidade da mulher antes da constituição do matrimônio, uma vez que, se esta viesse a engravidar, numa relação extraconjugal, nem ela, nem sua prole teriam direito a requerer alimentos.

E como à época, estas ainda não trabalhavam, a mulher que tivesse um filho fora da relação matrimonial, ficaria completamente desamparada, gerando um grave problema de caráter social. Por isto, legislador optou por tutelar a figura feminina

punindo aquele que se aproveitasse de sua inocência para satisfação de sua lascívia, tendo em vista a hipersuficiência do homem, em relação à mulher naquele dado contexto histórico/social.

Além de que, as hipóteses de extinção do matrimônio eram extremamente restritas, e ainda havia a sanção para o homem de arcar com a pensão alimentícia, caso este desse ter dado causa ao divórcio, demonstrando a relevância que o instituto do casamento tinha à época, importância essa que vem perdendo força consideravelmente com o passar dos anos.

Por isto, resta claro o cerne da intenção do legislador à época ao criar o instituto do estupro de vulnerável, que é justamente buscar evitar que esta ficasse desamparada se viesse a praticar o coito antes da celebração da união conjugal; fato que ainda poderia vir a ter o agravante desta engravidar pela prática do ato antes do matrimônio.

Tendo esta perspectiva, a manutenção do atual dispositivo normativo vai de encontro ao próprio objetivo do legislador originário ao elaborar a norma, visto que, se a mulher, supostamente estuprada de um menor de quatorze anos, viesse a engravidar deste, daria margem ao seu desamparo, uma vez que, por sua relação com o menor ter caráter ilícito, daria margem a que ela pudesse ficar completamente desamparada, no que tange à pensão por alimentos.

E seu filho além de ficar igualmente desamparado, poderia perder o contato com o seu pai, tendo em vista que o atual dispositivo normativo daria margem a uma decisão que desobrigasse o suposto estupro a não oferecer suporte à criança nem financeira e nem afetivamente, podendo isso afetar o seu sadio desenvolvimento, indo de encontro ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.1.2 Delimitação conceitual e natureza jurídica

Para Orlando Gomes, alimentos são prestações que tem o escopo de satisfazer as necessidades vitais daqueles que, não tem por si só, a capacidade de provê-las. (GOMES, 1993, p.404).

O compromisso maior que o estado deve ter com seu povo, é de buscar lhes assegurar a sua sobrevivência, que seria o seu mais básico e primordial direito. Quem primeiro teria o dever de prestar alimentos seria o estado, porém, pela impossibilidade do estado de prover recursos dessa natureza a todos os cidadãos, o estado transforma a solidariedade familiar em dever de alimentar, sendo um dos principais efeitos decorrentes da relação de parentesco. (DIAS, 2017, p.582).

A família, seria, por meio da solidariedade social, um instrumento para a proteção dos membros que a compõem, para poder prover condições que sejam necessárias para o indivíduo poder se desenvolver, aperfeiçoar e progredir; sendo a família portanto uma espécie de mola propulsora para o desenvolvimento do ser humano. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p.738-739).

Pelo fato de todos terem o direito a viver com dignidade, o direito a alimentos surge como um meio pelo qual isto se tornaria viável, tendo o alimento, natureza de um direito da personalidade, pois, asseguraria a inviolabilidade do direito à vida e a integridade física, sendo inclusive um direito de caráter social. (artigo 6º da Constituição Federal). (DIAS, 2017, p.582-583).

Primeiramente o cônjuge ou companheiro tem dever de auxiliar aqueles que não possuem condições de subsistir por suas próprias forças, depois destes, há a convocação dos parentes. (DIAS, 2017, p.583).

Os alimentos não se limitam somente ao necessário para cada pessoa subsistir. Além do sustento, a pensão por alimentos visa garantir à manutenção da condição moral e social do alimentado. (GONÇALVES, 2019, p.502-504).

Os alimentos devem proporcionar à dignidade na vida de quem os recebe, de acordo com a capacidade de quem os concede; devido a isto, para poder se calcular o valor indenizatório da pensão por alimentos, deve-se dar um valor que supere não somente o mínimo necessário para a sobrevivência do alimentado, mas observando as possibilidades econômico-financeiras do alimentante, fazendo-se uma ponderação para que este *quantum* não se torne excessivamente oneroso para nenhuma das partes em questão. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p.736-738).

O escopo dos alimentos não é somente tornar possível a vida do alimentado, mas dar-lhe uma vida digna que não se restrinja a sobreviver, mas sim que o amparo possa

dar-lhe uma oportunidade de viver com dignidade, para que possa desenvolver-se da melhor maneira possível, desde que isto não afete significativamente as finanças do alimentante.

Os alimentos possuem natureza jurídica obrigacional, uma vez que o dever de prover o sustento dos filhos surge a partir do poder familiar. Na linha reta, se estende infinitamente, e na linha colateral, se estende até o quarto grau de parentesco, tendo simetria com o direito sucessório. (DIAS, 2017, p.584).

Estão incluídos nos alimentos tanto despesas ordinárias, quais seja com educação, alimentação, assistência médica, habitação, vestuário, quanto extraordinárias, a exemplo de gastos com farmácias. Só não estão abarcadas gastos supérfluos, luxuosos ou que decorram de algum vício. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p..736).

A partir da delimitação do conceito do que são os alimentos, é possível a percepção da essencialidade destes para o provimento de uma vida digna àqueles que deles necessitam.

Portanto, no caso em tela, tendo em vista a importância dos alimentos na vida de quem os necessita, como o atual dispositivo normativo poderia dar margem a que uma criança, a qual é completamente eivada da culpa de ter sido concebida, de mais do que não ter o suporte afetivo de seu pai, o supostamente estuprado, ser penalizada ao desamparo naquilo que visa garantir-lhe o mínimo para uma vida com dignidade?

Isso só reforça a necessidade da alteração deste dispositivo normativo, para que ele seja adequado a realidade social, evitando possíveis injustiças.

4.1.3 Espécies

Os alimentos podem ser classificados enquanto sua natureza, causa jurídica, finalidade e momento que são reclamados. (GONÇALVES, 2019, p.504-512).

4.1.3.1 Quanto à natureza

Os alimentos podem ser naturais/necessários, civis ou compensatórios (GONÇALVES, 2019, p.504).

Naturais são aqueles alimentos primordiais para a satisfação das necessidades básicas do indivíduo; para que possa manter a condição social do alimentando, como alimentação, vestuário e habitação, num sentido mais estrito, que configuraria seu *necessarium vitae*.(GONÇALVES, 2019, p.504-505).

Os alimentos civis, compreendem a necessidade numa perspectiva mais ampla do alimentando, que deve ser analisada no caso concreto, conforme a posição social deste, compreendendo por exemplo, suas necessidades morais e intelectuais, que configurariam seu *necessarium personae*.(GONÇALVES, 2019, p.504-505).

Já os alimentos compensatórios, com previsão nas doutrinas e jurisprudências, visam mitigar o desequilíbrio econômico-financeiro do consorte dependente em casos de separação judicial, onde, na meação, um dos parceiros não agrega muito patrimônio após a constância do matrimônio, ou, devido ao regime de bens convencionalizado neste; na qual a mera pensão civil não seria suficiente para equilibrar a relação econômica entre os dois ex-cônjuges, de modo que, ensejaria uma outra pensão alimentícia como meio de mitigação do dano de modo provisório ou permanente, devendo-se analisar o caso concreto. (GONÇALVES, 2019, p.505-507).

4.1.3.2 Quanto à causa jurídica

Os alimentos dividem-se em legais/legítimos, voluntários ou indenizatórios. (GONÇALVES, 2019, p. 507).

Os legítimos são aqueles decorrentes de uma relação de parentesco, onde será estabelecida uma prestação à aquele que necessita, conforme as possibilidades econômicas do devedor; sendo a única hipótese em que o inadimplemento de uma obrigação civil, resultará na prisão do inadimplente, visto à importância vital desta para o alimentante. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, P.798).

A voluntária pode se dar de modo *inter vivos* ou *causa mortis*, sendo decorrente exclusivamente da manifestação de vontade de quem os confere. A obrigação *inter vivos* ocorre por meio de celebração contratual entre o alimentando e aquele que legalmente não tinha a obrigação, mas quer conferi-la, por meio de doação. Já a *causa mortis* ocorre por via testamentária, através da parte disponível da herança, se submetendo ao limite da parte legítima, ou seja, metade do patrimônio total do falecido. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p.798).

Os ressarcitórios ou indenizatórios são aqueles resultantes de uma sentença condenatória oriunda de responsabilidade civil, onde o magistrado define o *quantum* indenizatório necessário para reparar o dano causado ao alimentante, sob formas de prestações periódicas.(FARIAS; ROSENVALD, 2019, P.799).

4.1.3.3 Quanto à finalidade

São divididos em definitivos/regulares, provisórios, provisionais e transitórios. (GONÇALVES, 2019, p. 508).

Definitivos são aqueles fixados pelo juiz na sentença ou em acordo homologado pelas partes, podendo ser posteriormente revistos. (GONÇALVES, 2019, p. 508).

Provisórios são aqueles alimentos conferidos em caráter liminar pelo magistrado, possuindo natureza antecipatória, bastando a comprovação inicial de vínculo de parentesco, casamento ou união estável para que o juiz possa conferi-los, pautado em indícios que acompanham a petição inicial, conforme previsão do artigo 4º da lei nº 5.478/68. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p.800-802).

Provisionais ou *ad litem*, são alimentos de caráter provisório conferidos ao ex cônjuge; resultantes de separação judicial, divórcio, anulação de casamento ou de alimentos, que visam manter o requerente, durante a tramitação da lide principal e ao pagamento de despesas judiciais, inclusive os honorários advocatícios, e que são conferidos em medida de tutela provisória, preparatória ou incidental. (GONÇALVES, 2019, p. 508).

Transitórios são aqueles alimentos conferidos enquanto perdurar a situação fática que ensejou sua fixação pelo magistrado. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p.804).

4.1.3.4 Quanto ao momento em que são reclamados

São classificados em pretéritos, atuais e futuros. (GONÇALVES, 2017, p. 506).

Pretéritos os pedidos são relativos a um período anterior ao da propositura da ação; Atuais são os pedidos concomitantes ao momento da propositura da ação; e Futuros são os alimentos que só serão devidos após a sentença judicial. No ordenamento jurídico brasileiro, só são devidos os alimentos futuros e atuais, não sendo devidos portanto os pretéritos.(GONÇALVES, 2019, p. 511).

Se o alimentando conseguiu sobreviver sem o auxílio dos alimentos, bem ou mal, este não poderá exigir o pagamento dos alimentos relativos ao passado; *in praeteritum non vivitur*. (GONÇALVES, 2019, p. 511).

O entendimento dos tribunais é de que só se pode exigir alimentos relativos as últimos três prestações, que serviriam para suprir as necessidades atuais do alimentando, onde nesta situação, seria cabível a prisão civil do alimentante devedor. (GONÇALVES, 2019, p. 511-512).

4.1.4 Obrigação alimentar e direito a alimentos entre pais e filhos menores

A obrigação alimentar é fundada na relação de parentesco, apesar de também decorrer da lei, tendo o princípio da solidariedade familiar e a reciprocidade como vertentes, sendo incumbida aos ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau. Não existe portanto propriamente a obrigação de alimentar entre pais e filhos menores, cônjuges e companheiros, mas o dever familiar, de sustento e da mútua assistência. (GONÇALVES, 2019, p. 512).

Dada à incumbência do estado de amparar aqueles que não podem prover à própria subsistência, este transfere o dever às pessoas que pertencem ao mesmo nicho

familiar, que teriam uma espécie de dever moral que é convertido em obrigação jurídica, para auxiliar aqueles que por enfermidade ou outro motivo plausível, necessitem dele. (GONÇALVES, 2019, p. 512-513).

4.1.5 Características

4.1.5.1 Caráter personalíssimo

Tem o escopo de preservar tanto a integridade física como psíquica do alimentando. Não pode ser objeto de cessão, seja ela onerosa ou gratuita e nem se sujeita à compensação com dívidas de quaisquer naturezas. Além de ser impenhorável, possui direito de preferência no pagamento, em caso de concurso de credores. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.738).

O caráter personalíssimo é reafirmado no fato dos alimentos serem fixados conforme o caso concreto, levando em consideração tanto a situação econômica do credor, como do devedor. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.738).

Ou seja, sempre deve haver a observação do tripé da capacidade, possibilidade e da necessidade para ter um direcionamento na fixação dos alimentos, havendo uma análise puramente subjetiva da questão, pois as pessoas possuem padrões de vida distintos.

4.1.5.2 Irrenunciabilidade

Os alimentos são irrenunciáveis, todavia, somente os alimentos devidos em razão do parentesco, inclusive os representantes dos filhos menores de idade não podem nem desistir da ação. Os alimentos devidos ao ex cônjuge ou ex companheiro, podem ser renunciados por estes no divórcio ou na dissolução da união estável, ou até mesmo ocorrer uma dispensa recíproca. (DIAS, 2017, p. 593-594).

Com a inserção das mulheres no mercado de trabalho, houve uma expressiva diminuição nas demandas alimentares, porém, ainda há uma parcela significativa das famílias que preservam o viés patriarcal, o que faz com que em situações de separação, a mulher tenha direito à pensão previdenciária. (DIAS, 2017, p. 593-594).

Neste último ponto, a tutela do legislador se mostra muito semelhante ao do código penal imperial e do códex de 1890, onde havia uma preocupação de que a mulher, por não trabalhar, poder ficar desamparada e sem ter condições de prover o próprio sustento.

4.1.5.3 Atualidade

Tem por objetivo garantir a equalização do valor dos alimentos para o futuro, mas somente se justifica quando o valor alcança grandes somas de dinheiro, o que tornaria necessária uma revisão deste. (DIAS, 2017, p. 590-591).

Ou seja, visa garantir o valor real do benefício para que o alimentando não seja prejudicado com o aumento da inflação ou mesmo com o aumento da capacidade do devedor, e que o alimentando também não sofra prejuízos em caso de diminuição de sua capacidade contributiva. (DIAS, 2017, p. 590-591).

4.1.5.4 Futuridade

O objetivo dos alimentos é a manutenção da vida, logo, tem efeitos ex-nunc, devendo-lhe servir tanto no tempo presente como no futuro e não no passado, pois, quem os receberia, já conseguiu se manter, e por este motivo, sendo descabida a concessão pretérita dos alimentos. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.742).

Porém, esse caráter futuro ou irretroativo não impede a execução das parcelas fixadas judicialmente e não pagas pelo devedor, respeitando o prazo prescricional de 2 anos. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.742).

4.1.5.5 Imprescritibilidade

Por visar manter o alimentando tanto no presente como no futuro, não há portanto prazo extintivo para os alimentos, havendo o direito de obter a pensão alimentícia em juízo há qualquer tempo, se houver os requisitos previstos por lei. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.742-743).

A prescrição ocorre perante a pretensão executória, que ocorrerá no prazo de 2 anos, conforme artigo 206 §2 do estatuto do cidadão. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.742-743).

Porém, não haverá fluência do prazo prescricional se os alimentos forem fixados em favor de um alimentando absolutamente incapaz, ou de um filho com idade inferior à 18 anos que esteja sobre o exercício do poder familiar, sendo uma causa impeditiva de prescrição, conforme os artigos 197, II e 198, I do código civil. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.742-743).

4.1.5.6 Transmissibilidade

Apesar de personalíssimos, é admissível a transmissibilidade dos alimentos em hipótese de falecimento, havendo dois limites: o primeiro seria o limite material onde as forças da herança do falecido, onde o espólio do falecido responderia pelos débitos alimentares e o segundo momento seria o temporal, que seria até o momento da partilha da herança. Os alimentos vincendos são exigíveis até o momento da partilha dos bens do falecido. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.743-746).

4.1.5.7 A não solidariedade da obrigação alimentícia

A solidariedade não se presume, então, é pacífico entre a doutrina e a jurisprudência que o dever de prestar alimentos seria subsidiário e de caráter complementar, sendo

condicionado às possibilidades dos obrigados, ao invés de solidário. (DIAS, 2017, p. 586-587).

Seu caráter divisível reforça o fato de não se tratar de uma obrigação solidária; sendo assim, se houver mais de um obrigado, cada um responde pela obrigação que lhe foi imposta. (DIAS, 2017, p. 586-587).

Todavia, o estatuto do idoso afirma que a obrigação alimentar para este é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores, dando uma especial tutela a este. (DIAS, 2017, p. 586-587).

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, este entendimento viola o princípio da reciprocidade, já que os alimentos pleiteados por crianças e adolescentes não contam com a característica da solidariedade, havendo tratamento desigual a pessoas que merecem a mesma proteção integral e prioritária. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.747-749).

4.1.5.8 Irrepetibilidade

Os alimentos pagos pelo alimentando não poderão ser restituídos pelo alimentado, pelo fato destes serem necessários à sua sobrevivência. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.753-754).

Para Maria Berenice Dias, única hipótese de ressarcimento é quando há comprovada a má-fé ou postura maliciosa do credor. (DIAS, 2017, p. 591-592).

Já para Antônio Cezar Lima da Fonseca, deveria haver a relativização da irrepetibilidade, e seria devido o ressarcimento a quem prestou os alimentos sem ter o dever de prestar por aquele que teria o dever de prestar e não prestou. (FONSECA, 2004, p.150).

4.1.5.9 Incompensabilidade

Se o devedor de alimentos se tornar devedor do alimentante, este não poderá compensar o débito, visto que os alimentos são essenciais para a subsistência do alimentando, não podendo inclusive o alimentante por mera liberalidade escolher a forma como vai prestar os alimentos, devendo o pagamento ser em pecúnia. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.755).

4.1.5.10 Impenhorabilidade

Se o alimentando for devedor, não poderá ter seus alimentos penhorados para quitar suas dívidas, visto a essencialidade da pensão alimentícia, sendo possível em contrapartida, penhorar bens adquiridos com o valor recebido dos alimentos. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p.756-757).

4.2 PROTEÇÃO DOS FILHOS

4.2.1 Visão Histórica

Historicamente, devido ao despreparo do homem para o exercício de funções maternas, ficava a prole sob os cuidados da mãe, isto porque historicamente sempre houve uma repartição de tarefas que eram ensinadas as crianças desde cedo, onde o homem sempre fora instruído a brincar de carrinho, bola, com armas e a ser competitivo; já a mulher a brincar de bonecas, panelinhas, ferro de passar roupa e afins, o que desde cedo direcionava ambos os sexos aos seus futuros afazeres. (DIAS, 2017, p. 544).

No código civil de 1916, o cônjuge que desse causa à separação, perderia a guarda da criança, onde na visão de Maria Berenice Dias, o critério legal era claramente punitivo e repressor, onde os filhos seriam uma espécie de prêmio, e seus direitos não eram priorizados. (DIAS, 2017, p. 544-545).

A Constituição federal de 1988, banuiu discriminantes ao consagrar o princípio da igualdade, equiparando os direitos do homem e da mulher, referentes à sociedade conjugal (artigo 226 §5º da Constituição Federal), o que produziu reflexos significativos no poder familiar, deixando-se de sobressair a vontade masculina. (DIAS, 2017, p. 544-545).

O ECA passou a priorizar o interesse da criança e do adolescente, em detrimento aos interesses dos pais, e transformando-os em sujeitos de direito. (DIAS, 2017, p. 544-545).

Com o ingresso das mulheres ao mercado de trabalho, acabou sendo necessária uma maior participação do pai na criação dos filhos. Em um primeiro momento, conforme Maria Berenice Dias, estes se sentiram explorados, porém, conforme o passar do tempo, começaram a apreciar tal encargo de tal maneira, que passaram a não se contentar somente com a prestação da pensão alimentícia e das visitas quinzenais às suas proles, desejando ter uma maior participação na vida destas. (DIAS, 2017, p. 544-545).

Devido a isto, houve o surgimento da guarda compartilhada, em detrimento a guarda unilateral, sendo este modelo de corresponsabilidade um avanço, pois tirava a ideia de posse do instituto da guarda, o que favorecia o desenvolvimento das crianças com menos traumas pelo convívio da sua prole com ambos os genitores; ficando responsável pela guarda aquele que tivesse melhores condições para atendê-la, ficando incumbido o não guardião de fiscalizar a educação dos filhos e ter o direito de visitá-los, sendo uma mudança significativa. (DIAS, 2017, p. 544-545).

Inclusive o juiz ficou incumbido de alertar aos pais sobre as vantagens do compartilhamento da guarda, devido ao dispositivo legal de natureza processual (artigo 1584 § 1º do Código Civil). O objetivo de tal norma é que aja uma participação mais presente de ambos os pais nas vidas dos filhos. (DIAS, 2017, p. 544-545).

Mas expressão “sempre que possível”, presente no artigo 1584 § 2º do código civil, dava margem a uma interpretação deturpada de parte da jurisprudência, de modo que os magistrados de forma quase unânime passaram a não conceder a guarda compartilhada, desatentando-se a lei de alienação parental (lei nº 12.318 de 2010),

que dizia por duas vezes que era prioritária a guarda compartilhada (artigo 6º e 7º). (DIAS, 2017, p. 544-545).

LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada. (grifo nosso)

Com o advento da lei da igualdade parental (13.058/14), houve a explicitação do modo de compartilhamento constante na lei 1.583 §2º do código civil, onde diz que o tempo de convívio entre pais e filhos deve ser equilibrado, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (DIAS, 2017, p. 544-545).

Com isto dá para se perceber a importância da presença de ambos os pais na vida do filho, que é igualmente um sujeito de direito, e não pode e nem deve ficar à margem da legislação, havendo inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê um tratamento prioritário a estes, por se encontrarem numa situação de formação enquanto pessoa.

Outro problema surgiria, se como no exemplo do caso de Marissa A. Mowry, os pais do suposto estupro ao invés de querer a guarda da criança, não a quisessem, e Marissa não tivesse nenhum familiar à quem pudesse ter a guarda da criança, o que aconteceria com esta? Viveria num abrigo?! Poderia se exigir que o Pai da criança, o

suposto estuprado, tivesse a guarda desta?! Seria saudável para uma criança crescer e viver num ambiente na qual os guardiões possuam forçosamente a sua guarda?!

Creio que isto reforça a tese de que há uma contradição normativa, e que a norma vigente hoje, ocorrendo um caso neste mesmo sentido, feriria vários direitos fundamentais da criança, a exemplo do direito ao superior interesse do menor, da proteção integral e da prevalência da família, da prioridade absoluta, do direito ao respeito e à dignidade, e outros mais que falaremos num capítulo específico mais adiante.

4.2.2 Tentativa Conceitual

Ao se falar de guarda, há a presunção de que os pais não moram conjuntamente; porém, o rompimento da relação conjugal ou a não formação desta por estes não deve implicar na relação de convivência da prole com ambos os genitores, não se resolvendo a relação com cada qual seguindo com sua vida separadamente, pois os filhos criam um elo entre seus genitores que se estende enquanto aqueles existirem. (DIAS, 2017, p.545-546).

É fundamental que os filhos não se sintam objeto de vingança da relação entre seus genitores, devendo sempre tentar preservar ao máximo o melhor desenvolvimento psíquico, emocional e físico da criança, tendo em vista que esta é a que mais afetada no rompimento da relação. (DIAS, 2017, p.545-546).

Os filhos por vezes se sentem rejeitados e impotentes, acham que os pais estão violando as suas obrigações de paternidade, gerando uma sensação de solidão para a prole, segundo Maria Berenice Dias. (DIAS, 2017, p.545-546).

A guarda apesar de não indicar a posse do filho, define quem terá a companhia deste; porém o fato do filho residir com um dos pais, não é sinônimo de que o outro “perdeu a guarda” da criança, expressão esta de conteúdo nitidamente punitivo, já que apesar da fragmentação dos componentes da autoridade parental, ambos continuam detentores do poder familiar. (DIAS, 2017, p.545-546).

Há uma coisificação do filho na utilização do termo guarda, pondo-o mais na condição de objeto do que de sujeito de direito, devido a isto, a expressão mais correta seria direito de convivência, em detrimento do termo guarda. (DIAS, 2017, p.545-546).

Com isto é possível perceber que há todo um trauma relacionado ao fato do filho conviver em um ambiente em que os pais são separados. Pior ainda seria para este filho, viver num ambiente em que sua mãe se encontra presa, por supostamente ter estuprado o seu pai; em que este pelo fato de ser tachado de estuprado, pode ainda se recusar a conviver com o filho menor, e tendo inclusive um respaldo legal para isto.

Este tipo de situação acarretaria num ambiente completamente inapropriado ao sadio desenvolvimento de uma criança e completamente contrário ao seu melhor interesse, sendo este ambiente completamente traumático para uma criança em desenvolvimento.

4.2.3 Guarda

Primeiramente, é importante ressaltar que a guarda regulada pelo código civil é distinta da guarda regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); o ECA regula a guarda com o objetivo da colocação destes em família substituta, para fins de adoção, tendo esta caráter precatório e provisório, onde o guardião ficaria responsável até que a criança ou adolescente seja colocado numa família substituta. (DIAS, 2017, p. 560).

É cabível a guarda tanto para regularizar a posse do fato (ECA, 33 § 1º), como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção (ECA, 33 § 2º).

Subseção II

Da Guarda

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

§ 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei.

§ 3º A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção.

§ 4º Poderão ser utilizados recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento em família acolhedora, facultando-se o repasse de recursos para a própria família acolhedora.

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

O guardião da criança ou do adolescente contrai obrigação de cunho assistencial, moral e educacional, conforme artigo 33 do ECA, sendo que estes adquirem uma condição de dependência para todos os efeitos de direito, dentre eles, o previdenciário; porém, a guarda não gera efeitos sucessórios, ficando o menor desamparado legalmente. (DIAS, 2017, p. 560-562).

Já o código civil regula a guarda decorrente de dissoluções afetivas, havendo portanto objetos e preocupações diversas da constante no ECA. (DIAS, 2017, p. 560-562).

O critério direcionador para a definição de quem terá a guarda é a vontade dos pais, porém, não ficará somente no âmbito familiar a definição de quem permanecerá na companhia os filhos, podendo a guarda ser deferida à outra pessoa, sendo preferível um membro da família extensa, que tenha compatibilidade com a natureza da medida, tendo também afetividade e afinidade com o menor. (DIAS, 2017, p. 547).

Também cabem as partes definir como ocorrerá a visitação dos genitores que não possuem a guarda dos filhos. (DIAS, 2017, p. 547).

O código civil estabelece duas modalidades de guarda, a **compartilhada** e a **unilateral**:

A **guarda unilateral** é aquela conferida a somente um dos genitores ou outro alguém que substitua-os. Como já salientado, sempre é preferível que ocorra a guarda compartilhada, visando o melhor interesse do menor; devendo esta modalidade ocorrer somente se um dos genitores manifestar em juízo que não deseja possuir a guarda de sua prole. (DIAS, 2017, p. 548-549).

Mas caso um dos genitores não concorde com a guarda compartilhada, poderá o magistrado determinar que esta ocorra de ofício ou a requerimento do Ministério Público (DIAS, 2017, p. 548-549).

O não guardião do filho tem a obrigação de supervisionar os interesses do menor, tendo legitimidade para solicitar informações e prestação de contas em assuntos que direta ou indiretamente sejam interligados à saúde física, psicológica e a educação deste. (DIAS, 2017, p. 548-549).

Os pais, independentemente da situação conjugal, tem plenos poderes para o exercício do poder familiar, cabendo a ambos o dever de direcionar a criação e a educação dos filhos. (DIAS, 2017, p. 548-549).

A guarda unilateral enfraquece o laço de paternidade entre o não guardião e o menor, sendo àquele estabelecido apenas dias para a visita, sendo que nem sempre, o dia determinado é um dia ideal, pois geralmente o dia é previamente marcado e o detentor da guarda impõe regras. (DIAS, 2017, p. 548-549).

A **guarda compartilhada** ocorre quando há o rompimento do convívio dos genitores, e estes deixam de exercer em conjunto as funções parentais, havendo uma distribuição de encargos relacionados ao menor entre esses. (DIAS, 2017, p. 549-552).

Esse dinamismo fez com que a guarda compartilhada se tornasse o modelo que melhor atende a necessidade de ambos, pois há uma aproximação ideal e igualitária de ambos com os seus filhos, sendo o mais interessante tanto para o interesse dos pais como para o melhor interesse do menor, ao contrário do que ocorre no modelo da guarda unilateral, onde sempre o genitor não guardião que se queira fazer mais presente na vida de seus filhos, guardará alguma insatisfação, sendo esses portanto os principais argumentos de ordem constitucional e psicológica desse modelo tido como ideal. (DIAS, 2017, p. 549-552).

Este modelo exige dos genitores uma superação de possíveis mágoas resultantes do relacionamento, sobrepondo seus interesses sociais ao interesse do menor, de ter uma melhor infraestrutura familiar para seu pleno desenvolvimento. (DIAS, 2017, p. 549-552).

A guarda compartilhada pode ser fixada ou por consenso, ou por decisão judicial quando ambos os pais forem aptos ao exercício do poder familiar. Mesmo que seja deferida a guarda unilateral, qualquer um dos pais tem o direito de pleitear a alteração da situação. (DIAS, 2017, p. 549-552).

Há também outros modelos de guarda que são possíveis de aplicação pelo magistrado, porém, não são os mais adequados, que seriam a guarda por aninhamento e a guarda alternada. (DIAS, 2017, p. 553).

A guarda por aninhamento seria um modelo onde os pais trocariam de residência e não o filho, já a guarda alternada os pais alternariam o exercício da guarda do de certo em certo período, podendo ser de semana em semana, a cada duas semanas, a cada mês e assim por diante. (DIAS, 2017, p. 553).

O primeiro visa não impactar muito no estabelecimento de uma rotina para o menor, visto que isto pode impactar no seu desenvolvimento, porém, é um modelo que seria muito inconveniente para os pais, motivo pelo qual não é muito utilizado. Já o segundo, seria prejudicial para o menor devido ao excesso de mudanças que ocorreriam no seu cotidiano. Devido a isto, há o reforço de que o modelo ideal de guarda, é o da guarda compartilhada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que sempre que for possível, a opinião do menor deve ser devidamente considerada, respeitando seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão, conforme artigos 2º, 15; 16, incisos I e II; 28, § 1º e § 2º; e 83. (DIAS, 2017, p. 554).

Devido a lei de igualdade parental (Lei 13.058/2014), mesmo que um dos genitores não aceite compartilhar a convivência, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do ministério público, e, ainda que tenha havido o consenso dos pais em relação à guarda unilateral, é possível que a qualquer momento um deles requeira a alteração desta situação. (DIAS, 2017, p. 554).

A concessão da guarda compartilhada não exime do genitor com melhores condições financeiras o dever oriundo da obrigação alimentar, pois a prole merece desfrutar de condição de vida similar ao que teria se convivesse na mesma residência que ambos, pois uma diferença patrimonial significativa não deve se tornar um motivo de convencimento do filho a residir com aquele genitor que mais tenha a lhe oferecer em âmbito material. (DIAS, 2017, p. 552).

Portanto, há de se perceber que a legislação do direito das famílias visa sempre ao máximo resguardar o ambiente familiar, para que este seja propício ao sadio desenvolvimento do menor, e quando não for possível manter a figura de ambos os pais no mesmo lar, que o convívio destes ocorra de maneira a evitar ao máximo lesar o desenvolvimento sadio da criança.

Com a legislação hoje vigente, como já salientado anteriormente, os impactos ao menor seriam elevadíssimos, e completamente inapropriados para seu sadio desenvolvimento, num ambiente onde sua mãe está presa pelo mesmo ato que lhe concebeu a vida, e seu nascimento se originou a partir de um suposto estupro criado por lei, no qual seu pai ainda poderia se debruçar sobre a atual legislação vigente como um meio de tentar se eximir da responsabilidade de criá-lo e prestar-lhe qualquer assistência.

4.3 DANOS MORAIS

4.3.1 Dano moral e alimentos

São distintos os institutos dos danos morais e da obrigação alimentar, uma vez que a obrigação alimentar não tem caráter indenizatório, sendo um encargo que se origina a partir da necessidade e da ausência de condições de prover a si próprio, tendo como finalidade a subsistência. (DIAS, 2017, p.107)

Os alimentos estão sujeitos à revisão e à exoneração, possibilidades que não são possíveis quando se trata de responsabilidade civil. (DIAS, 2017, p.107)

A indenização tem caráter definitivo, e não pode ser suprimida, aumentada ou diminuída, enquanto a pensão alimentícia é essencial e variável. (DIAS, 2017, p.107)

Logo, além da questão da sobrevivência da criança, e de manter a sua dignidade e seu sadio desenvolvimento, mesmo que houvesse uma possível superação acerca da questão dos alimentos ao menor, assim como nos casos de Nick Olivas e Shane Seyer, em que os pais foram sentenciados ao pagamento de alimentos, mesmo sendo considerados vítimas do estupro criado por lei (Statutory Rape, ou, *Mutatis Mutandis*, estupro de vulnerável), ainda haveria outra questão para se superar, que seria o fato de os supostos estuprados terem o dever de afeto com os filhos oriundos do suposto estupro, e se estes poderiam exigir reparação de danos morais pela ausência do pai em suas vidas, ou se tal fato não poderia ser exigível, tendo em vista que trata-se de uma situação de estupro, em que o suposto estuprado seria uma vítima.

Tal questão mostra-se completamente contraditória. Podia-se pensar que mesmo havendo o consentimento inválido do menor, ainda houve o seu consentimento, e isso seria suficiente para poder se exigir esse suporte afetivo, mas com isso, estaria se considerando para a decisão um consentimento que por lei, é tido como inválido; e não se exigir essa assistência emocional feriria o melhor interesse do menor, filho oriundo do suposto estupro; e entre o interesse do pai, suposto estuprado, e do filho, oriundo do estupro, o mais razoável é dar prioridade à tutela daquele que é mais vulnerável, e o mais inocente nesta situação, ou seja, o filho do suposto estupro.

4.3.2 Abandono Afetivo

A convivência dos pais com os filhos, não é um direito, é um dever, pois o distanciamento entre pais e filhos causam sequelas de ordem emocional e podem comprometer o sadio desenvolvimento dos filhos, podendo deixar reflexos pelo resto de suas vidas.(DIAS, 2017, p.107-108)

O descumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar por parte dos pais, tanto comissivo como omissivo, produzem danos morais que ensejam reparação. (DIAS, 2017, p.107-108)

Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, deve haver a reparação do dano psicológico gerado ao menor pela ausência desta, uma vez que, para que o menor tenha um desenvolvimento sadio, com vista no princípio da proteção integral, que impõe que os menores sejam protegidos de qualquer forma de negligência, se faz necessário um incentivo estatal para a maior participação dos pais na vida da criança, com a finalidade de proporcionar o melhor desenvolvimento do menor.(DIAS, 2017, p.107-108)

4.3.3 Perda de uma Chance

A perda de uma chance surgiu com a expansão do conceito de responsabilidade civil, para além de abranger os danos causados à pessoa, abarcar também o desaparecimento da probabilidade da concretização de um fato futuro que geraria um benefício. (DIAS, 2017, p.108-109)

A doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo cada vez mais a possibilidade de se aplicar a teoria da perda de uma chance no âmbito do direito das famílias. A subtração à oportunidade da vítima é um bem jurídico atual e certo, portanto, passível de reparação. Deve-se portanto, provar as oportunidades subtraídas à vítima pelos atos do ofensor. (DIAS, 2017, p.108-109)

Outra questão que também surgiria seria se, a família do suposto estuprado quisesse a guarda da criança, mas pelo fato de ter seu filho sido estuprado, impeça a criança, fruto da relação, seja impedida ter contato com a mãe, a suposta estupradora, e ainda tenha respaldo legal para isso, ao dizer que seria um absurdo exigir que a vítima de um estupro seja compelido a conviver com a sua estupradora, mesmo ela sendo a mãe de seu filho.

Tal fato obviamente interferiria no sadio desenvolvimento do menor, no melhor interesse da criança, e outros direitos fundamentais do menor, que serão detalhados no próximo capítulo.

Logo, com a legislação vigente, será que seria razoável o filho do suposto estupro exigir do pai e de sua família paterna, indenização por perda de uma chance de conviver com a mãe?

Fora que, pelo fato da mãe se encontrar presa, teria que além do filho do suposto estupro em tese, frequentar um ambiente presidial para poder ter contato com a mãe, o pai e/ou a família paterna também teria(m) que conviver nesse ambiente, já que são os guardiões da criança e deveriam levá-la ao encontro da mãe, forçando assim a família da suposta vítima a ter contato frequente com a suposta estupradora de seu filho.

Isso só reafirma a completa incoerência da norma vigente acerca deste fato, devendo esta ser alterada para se adequar à realidade dos fatos.

5.DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE CONCERNEM O CASO EM QUESTÃO

5.1 PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE OU DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

É previsto no artigo 3º da convenção dos direitos da criança, a qual o Brasil ratificou em 24 de setembro de 1990. (FONSECA, 2015, p.14).

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Trata-se de uma diretriz que deverá conduzir todas as atitudes concretas da sociedade e do Estado em prol das crianças e dos adolescentes. (FONSECA, 2015, p.15).

Tendo origem nos tratados internacionais (v. Convenção Internacional de 1989), o cerne do princípio é de que em todas as normas em que estiverem envolvidos interesses relativos à criança, dever-se-á observar o melhor interesse desta, sem prejuízo da ponderação que se fizer necessária perante outros interesses legítimos, no âmbito da pluralidade de direitos presentes no caso concreto, visto que, não trata-se de um princípio absoluto, devendo-se sempre que necessário fazer o sopesamento de bens e interesses no caso concreto. (FONSECA, 2015, p.15-17).

5.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA

A proteção integral constitui o amparo completo sob o ponto de vista material e espiritual, onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses que subordinam a família, sociedade e ao Estado. (FONSECA, 2015, p.17).

O Estado, em observância ao artigo 226, da Constituição Federal, reafirmado pela Lei Nº12.010/09, deve:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 1º A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

Logo, deve a intervenção estatal promover medidas visando ao máximo a manutenção da criança e do adolescente no seio familiar, com exceção aos casos de impossibilidade absoluta, para que possa o jovem ter um suporte na estrutura familiar que o possibilite atingir seu melhor desenvolvimento, sendo este princípio associado ao melhor interesse do menor.

No princípio da prevalência da família, todas as ações e promoções relativas aos jovens, devem visar o cuidado e a atenção para o ambiente familiar. Já cerne da proteção integral é a ideia da efetivação de todas as medidas necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. (FONSECA, 2015, p.17-20).

5.3 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

Com fulcro no Artigo 227 da Constituição federal, e também extraídos dos artigos 3º, 4º e 5º do Estatuto da criança e do adolescente, tem por finalidade dar ênfase a prioridade dos direitos destes no atendimento dos serviços públicos e na formulação das políticas sociais, onde os demais princípios devem ser interpretados com um corolário mais brando diante daquele, num eventual conflito de interesses. (FONSECA, 2015, p.20-22).

Título VIII
Da Ordem Social

Capítulo VII
Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso

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.

Conforme artigo 4º do Estatuto da criança e do adolescente, não é privativo do núcleo familiar os deveres para com as crianças e os adolescentes, é prioritário, porém, também são corresponsáveis tanto a sociedade, como do poder público, visto que essas são o futuro da nação e tendo em vista a sua vulnerabilidade/ fragilidade. (FONSECA, 2015, p.22-23).

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a)** primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b)** precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c)** preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d)** destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

É perceptível portanto, que a sociedade como um todo deve sempre buscar dar uma blindagem à criança e ao adolescente, para que este cresça de maneira sadia e saudável.

O fato do homem menor de quatorze anos começar precocemente sua vida sexual não interfere em seu sadio desenvolvimento, como já demonstrado anteriormente, tendo em vista que o homem hodiernamente começa a ter ciência acerca dos atos sexuais de maneira muito precoce, e quando chega na época da eferverscência da puberdade, este já possui discernimento o suficiente acerca dos atos sexuais, o que torna bastante questionável essa tutela conferida ao legislador, ao taxá-lo de vulnerável nesta hipótese, não coincidindo com a realidade social, como já exposto nos casos presentes no terceiro capítulo deste trabalho.

Porém, privar uma criança de poder ter uma convivência com seus pais, sendo que sua mãe seria presa pelo mesmo fato de sua concepção, sendo que ambos tinham ciência do fato e das consequências e consentiram para a ação, sendo a vulnerabilidade do homem nessa situação bastante questionável; isso sim causaria grandes sequelas à vida da criança, indo de encontro aos princípios acima mencionados.

5.4 DIREITO À VIDA E A SAÚDE

Atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo previsão no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, objetiva possibilitar o melhor desenvolvimento possível ao menor, para que este possa alcançar o seu máximo potencial, de forma sadia e harmoniosa

Título II

Dos Direitos Fundamentais

Capítulo I

Do Direito à Vida e à Saúde

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Mais do que a mera sobrevivência, a norma visa garantir uma sobrevivência digna, que deve ser garantida por toda a sociedade, devendo sempre o estado implementar políticas públicas neste sentido. (FONSECA, 2015, p.60-63).

Portanto, o Estado deve sempre buscar efetivar a proteção à vida e a saúde da criança e do adolescente por meio de políticas públicas, visando o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Logo, a norma vigente é completamente contraditória a este artigo, por conseguinte, viola um direito basilar e primordial à boa formação da criança e do adolescente, sendo que é dever do Estado dar uma ênfase à tutela destes vulneráveis que se encontram em processo de formação.

5.5 DIREITO AO RESPEITO E A DIGNIDADE

Com previsão nos artigos 17 e 18 do Estatuto da criança e do adolescente, visam blindar o jovem de qualquer ato que comprometa o seu sadio desenvolvimento, tanto no campo físico como psíquico.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Resta claro que a norma vigente compromete seriamente a integridade psíquica do filho que surgir deste tipo de relação, por se tratar de um ambiente altamente conturbado para este, que teria a mãe presa, podendo ser rejeitada pelo pai; podendo inclusive a família deste pai rejeitar ter a sua guarda.

Mesmo que conforme o direito de família, cabe à família a guarda da criança; pela gravidez ser oriunda de um suposto estupro, esta poderia judicialmente buscar respaldo para se eximir desta responsabilidade, tendo em vista que o pai fora vítima de um delito.

Ainda pior seria se a mãe, presa, não tivesse parentes que pudessem ter a guarda da criança, que poderia vir a ter que morar em um abrigo.

Com isso, dá para se ter uma noção do tamanho da violação ao direito ao respeito e à dignidade desta criança, que seria violada em sua integridade psíquica, moral; sendo submetido a uma situação desumana, constrangedora, vexatória e aterrorizante, o que abalaria seriamente sua formação, que não seria nada sadia.

5.6 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

5.6.1 Delimitação Conceitual

Este princípio visa fazer com que o Estado não adote medidas discriminatórias de maneira arbitrária, sem que aja uma justificativa razoável para isso. Portanto, não pode a lei fazer discriminações de classe, como se houvessem cidadãos de segunda categoria, estando isto atrelado ao dever de respeito. (MARMELSTEIN, 2019, p.411)

Por força do dever de promoção, o Estado deve adotar medidas compensatórias para que grupos socialmente desfavorecidos possam concorrer em condições de igualdade com os demais cidadãos, sendo isso uma discriminação positiva, devendo o estado sempre promover políticas de ações afirmativas. (MARMELSTEIN, 2019, p.412)

Para melhor análise deve-se sempre observar se a medida é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, deste modo sempre que uma medida possivelmente afrontar esse princípio da igualdade, deverá se fazer esta ponderação, pra saber se a discriminação feita no caso concreto é plausível. (MARMELSTEIN, 2019, p.413)

Pelo fato da igualdade ser dinâmica, cabe ao estado buscar sempre implementá-la, mesmo que para isto, tenha que tratar desigualmente pessoas que historicamente foram desassistidas pelo Estado. (MARMELSTEIN, 2019, p.414)

5.6.2 Isonomia entre Homens e Mulheres no Caso em Questão

Num primeiro momento, poderia se questionar se o limite legal estabelecido visando proteger o menor seria razoável, e que, portanto, deveria haver um tratamento isonômico entre homem e mulher nesta situação, pois, se o limite legal para a mulher é de quatorze anos de idade, assim também deveria ser para o homem; e se acaso resolvessem abaixar o limite legal na hipótese do estupro de vulnerável para o homem, por considerar que este já tem um discernimento suficiente, também deveriam abaixar o limite da faixa etária para a mulher, para que não se houvesse nenhum tipo de discriminação entre ambos.

De certo modo, tais questionamentos são muito pertinentes, o que nos levaria a acreditar que o legislador acertou em estabelecer um limite legal numa faixa etária em que este acredita que se poderia satisfazer a proteção do melhor interesse do menor. Conforme uma matéria feita em 2007 pelo Diário do Nordeste, é perceptível que hodiernamente, uma grande quantidade de jovens iniciam o exercício da prática sexual com idade inferior à constante na previsão legal

Mesmo numa sociedade com as informações sobre o sexo ao alcance da mão, adolescentes, não tendo alguém de confiança a quem recorrer, acabam se descuidando e engravidando sem planejamento ou mesmo se expondo às doenças sexualmente transmissíveis. Desde o início da epidemia de Aids no Brasil, em 1983, até o fim de 2006, o Ceará teve 131 adolescentes de 13 a 19 anos infectados pelo HIV. Entre 20 e 24 anos, esse número sobe para 696.

Já os casos de gravidez não planejadas ocorrem com mais frequência nas camadas mais baixas da sociedade, mas também acontecem entre a elite. Conforme a Secretaria de Saúde do Estado (Sesa), em 2006, 29.650 jovens entre 10 e 19 anos deram entrada em hospitais do Sistema único de Saúde para partos ou abortos. (BENEVIDES, 2007, P.2)

Apesar da existência de uma norma legal que visa desestimular os jovens a iniciarem precocemente sua vida sexual, por isto poder acarretar em consequências gravosas, a exemplo das doenças sexualmente transmissíveis e da gravidez, tal norma se mostra pouco eficiente.

Apesar de uma gravidez indesejada ou doenças sexualmente transmissíveis poderem alcançar quaisquer pessoas, o impacto de tais fatos na vida de uma pessoa com idade inferior a quatorze anos é muito maior, visto que esta ainda está em fase de desenvolvimento, sendo dependente de alguém para prover o seu sustento econômico, logo, não teria meios suficientes com seu próprio esforço para prover o sustento e de seu filho.

Logo, a tutela imposta pelo legislador, tem nexos, porém, não é eficaz, pois não surte o efeito necessário para inibir que o início da vida sexual de uma grande parcela da população ocorra antes do lapso temporal previsto na norma legal.

Não parece coerente sancionar o menor por iniciar a sua vida sexual, já que se ocorressem crimes contra si de natureza sexual, a exemplo do estupro, este seria desestimulado a denunciar o fato, por temer uma sanção Estatal.

Um modo para mitigar que o menor sofra as consequências acima mencionadas, é a conscientização e a educação sexual que deve ocorrer no próprio ensino escolar

para as crianças numa faixa etária a partir de um pouco antes da média da idade púbere.

Porém, abaixar o limite da presunção de vulnerabilidade legal previsto, para qualquer hipótese, poderia estimular sujeitos do sexo masculino, que por natureza, possuem uma lascívia mais a florada, devido a maior concentração de testosterona em seu corpo em comparação com a mulher; a buscar se relacionar com essas pessoas mais jovens.

Conhecida por “comandar” o corpo masculino, a testosterona também está presente no organismo da mulher, mas em pequena quantidade. Nas pessoas do sexo feminino, o hormônio é produzido nos ovários e nas glândulas suprarrenais, tendo entre suas funções auxiliar o processo de reprodução.

— Ela é importante no meio ciclo menstrual, o período da ovulação, porque a testosterona aumenta a libido, fazendo a mulher sentir mais desejo pela relação sexual. Este hormônio também ajuda a aumentar a massa muscular, a disposição física e o emagrecimento — explica a ginecologista Maria Elisa Noriler. (AZEVEDO, 2018, p.1)

E isso poderia acarretar na ocorrência de alguns fatores indesejados a estes jovens, a exemplo da prostituição, pois, dado a idade, são mais facilmente corrompíveis por aqueles que dado a lascívia exarcebada oriunda da grande concentração de testosterona em seu organismo, buscam a qualquer custo satisfazer seus desejos, tendo estes jovens como um fácil alvo, principalmente os oriundos de famílias mais desfavorecidas. E a prática de sexo em troca de dinheiro aumenta exponencialmente a probabilidade de se contrair alguma doença sexualmente transmissível.

Então, deve o Estado desestimular que sujeitos do sexo masculino, maiores de dezoito anos, busquem se envolver sexualmente com pessoas menores de quatorze anos de ambos os sexos. Bem como fizera o legislador originário, ao tentar inibir que o homem deflorasse a vulnerável donzela antes da celebração do matrimônio.

A reportagem ainda mostra o ônus que é causado a uma mulher que engravida precocemente, sendo isto mais um motivo para desestimular que estas venham iniciar o exercício de sua liberdade sexual anteriormente a faixa etária hoje estipulada para a configuração de sua vulnerabilidade.

Garotas ainda com corpo de criança, mas a barriga já saliente pela gestação, fazem parte do cotidiano da periferia de Fortaleza. Nas escolas, muitas jovens assistem às aulas grávidas e, por vezes, acabam perdendo o ano escolar após o nascimento dos filhos. (BENEVIDES, 2007, p.2)

Com base nisso, é perceptível que pelo fato da mulher ser a incumbida da gestação do nascituro; uma mulher menor de quatorze anos sente muito mais o impacto de uma gravidez precoce em sua vida do que um homem; este por exemplo, não teria a necessidade de abandonar a vida escolar por este mesmo motivo.

A gestação muitas vezes inviabiliza os estudos das futuras mães, gerando um grave problema de cunho social. E se acaso a gravidez for indesejada, ainda há o risco do pai da criança se recusar a dar o suporte necessário para esta de bom grado, o que causaria a necessidade de judicialização do fato, gerando graves impactos de cunho emocional e de suporte financeiro para a menor de quatorze anos.

Com este mesmo escopo, de proteger a mulher, por ser ela mais vulnerável, por ser esta a incumbida pela concepção, surgiu a necessidade da tutela prevista pelo legislador americano ao criar a figura do *Statutory Rape*, que se equipara ao nosso tipo penal do estupro de vulnerável, conforme mostrado no terceiro capítulo deste estudo.

Apesar de atualmente ser muito mais viável conseguir pensão de alimentos pela via judicial por existirem mecanismos como o exame de DNA, que tornam mais fácil o reconhecimento do pai da criança; isso não mitigaria suficientemente os transtornos causados a uma mulher nesta situação.

Logo, a redução da idade na hipótese de estupro de vulnerável para a mulher, acarretaria em um grande problema de cunho social, pois afetaria em sua formação educacional.

Já para o homem, se ocorresse essa redução, não seria tão maléfica, visto que na procriação, o maior ônus é incumbido à figura feminina, além do fato de que, há distinção no tratamento entre homem e mulher em hipótese de gravidez, pois este não possui a prerrogativa de poder exigir que a suposta estupradora aborte o nascituro, pois conforme o artigo 128 do Código Penal, é necessário o consentimento da gestante para a prática do aborto.

Já a mulher menor de quatorze anos que vier a engravidar no estupro de vulnerável, tem a prerrogativa legal de abortar, visto que, o estupro é uma das hipóteses legais em que se é permitido o aborto, conforme previsão normativa contida no artigo 128 do Código Penal. E caso se esta queira ter a criança, ela está consentindo com relação

ao dever de cuidar e procurar o melhor interesse para seu filho crescer em um ambiente sadio.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

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.

Lesão corporal

Conforme o inciso segundo do parágrafo 128, se faz necessário o consentimento da gestante ou quando esta for incapaz, de seu representante legal para que possa se fazer o aborto por vias legais.

Logo, há de se perceber que independe da vontade do homem o nascimento ou não da criança ocorrerá, mesmo que seja o homem a vítima do estupro de vulnerável nesta situação, havendo portanto, um tratamento distinto entre os sexos nesta hipótese.

Para mulher menor de quatorze anos, há amplas possibilidades do aborto vir a acontecer, seja pelo fato de pela pouca idade, ser possível que possa ocorrer complicações em sua gravidez, que ponha sua vida em risco ou pelo fato de ser menor de quatorze anos e configurar o estupro de vulnerável, o que autorizaria a realização do aborto, conforme o artigo 128 inciso segundo do Código Penal.

Já se o estupro acontecer perante a figura masculina, a não ser que ocorra alguma complicação na gravidez da estupradora, a criança nascerá, e se a mãe dela for presa o pai terá que criar seu filho sem a ajuda da mãe da criança, o que feriria duplamente o melhor interesse do menor, já que feriria tanto o melhor interesse do pai, como o do filho; um por ter que cuidar de uma criança sem a assistência da mãe e do outro por ter ceifado o convívio com a sua mãe.

Como já exposto anteriormente, várias seriam as consequências negativas caso se mantenha a norma vigente, a exemplo de (a) ter que criar seu filho sem a ajuda da mãe da criança; (b) a criança crescer sem a presença da mãe; (c) a criança saber que foi fruto de um estupro; (d) a criança saber que a mãe foi presa pelo mesmo motivo que ela foi concebida; (e) a criança saber que a mãe é uma estupradora e que seu pai foi uma vítima de sua mãe; (f) o risco de viver num ambiente onde ela seria indesejada,

pois se ela somente tivesse como viver com a família do estupro, o tratamento dado a ela poderia ser diferenciado de modo negativo (g) ter que viver em um ambiente prisional, caso possa/queira ter acesso a uma convivência com a mãe; dentre outros. Uma matéria realizada pela HyperScience relata que as pessoas estão atingindo a maturidade sexual cada vez mais cedo, o que reforça o questionamento acerca da real vulnerabilidade deste menor de quatorze anos.

[...]Isso significa, segundo os pesquisadores, que a cada década desde a metade do século XVII o homem está amadurecendo dois meses e meio mais cedo.

De acordo com esses cálculos, como explicam os cientistas, o rapaz de 18 anos de hoje é como o de 22 anos em 1800. Um exemplo prático disso é a mudança de voz. Os pesquisadores analisaram registros do coral de uma catedral alemã, na metade dos anos 1700. Na época, os garotos mudavam de voz aos 18 anos. Estudos recentes, na Grã-Bretanha, indicam que os garotos estão ganhando voz de homem logo aos 13.

As razões para esse amadurecimento rápido, no entanto, ainda não estão muito claras. Uma das teorias seria o aumento da qualidade de vida: como o adolescente de hoje é mais nutrido e tem menos doenças do que o rapaz de 300 anos atrás, mais recursos do corpo podem ser direcionados ao amadurecimento sexual. E as mudanças físicas, segundo o demógrafo, mostram certo “amadurecimento social”. Embora atinjam o ápice da sexualidade antes, os jovens de hoje tendem a escolher carreiras, casar e ter filhos mais tarde do que antigamente. (D'ORNELAS, 2011, p.3-4)

Portanto, conclui-se que isso comprova que para se buscar uma real igualdade no tratamento entre homens e mulheres, devemos tratar desigualmente estes desiguais nas medidas de suas desigualdades, ou seja, há uma necessidade de alteração da atual legislação.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que, desde os primórdios da criação do tipo penal, o legislador visou única e exclusivamente proteger a mulher, sujeito tido como vulnerável/hipossuficiente perante o homem.

O escopo da norma num primeiro momento foi por meio de um incentivo legal, frear a lascívia masculina, como um meio de proteger tanto figura da mulher, como o instituto da família.

Hodiernamente, muitas pessoas iniciam sua vida sexual muito antes de completar o limite legal previsto na norma para a prática do estupro de vulnerável, ou seja, começam a se relacionar sexualmente antes dos quatorze anos.

É perceptível o nexó finalístico da norma, de proteger principalmente a mulher menor de quatorze anos, já que esta é incumbida pela gestação do fruto da relação, e ainda como antigamente, há a possibilidade do sujeito depois de engravidar a vítima, desaparecer no mundo e deixá-la desamparada, e sendo uma agravante o fato dela ser muito jovem.

Mesmo com a vigência da norma, ela se mostra pouco eficaz, já que muitos jovens já iniciam sua vida sexual antes dos quatorze anos, seja com sujeitos maiores de dezoito anos ou não.

A sanção tanto para o delito de estupro, constante no artigo 213 do Código penal, como para o estupro de vulnerável, constante no artigo 217-A desse mesmo Códex, são idênticas.

Logo, mostra-se desarrazoado punir uma mulher maior de dezoito anos que se relaciona com um jovem do sexo masculino menor de quatorze, visto que este ao entrar na semenarça, procura insaciavelmente a sua iniciação na vida sexual, sendo conforme a doutrina, uma vítima que forçou o agente a possuí-la e que se mostrava despuorada, devassa.

Bem como se mostra desarrazoado sancionar um homem maior de dezoito anos que faça sexo com um sujeito menor de quatorze, se este ludibriou o maior de dezoito, fazendo-o incorrer em erro de tipo inescusável, a exemplo de mentir a sua idade ou se envolver numa festa em que só se era permitida a entrada de sujeitos maiores de

dezoito anos, bem como a vítima aparentar ter mais de quatorze anos e mentir sobre sua idade para o autor.

Portanto, mostra-se necessária uma *Ex lege Ferenda*, ou seja, uma lei a ser criada para substituir o atual dispositivo vigente.

Como já mostrado nessa obra, visando um tratamento isonômico, justo e equânime no caso em tela, deve haver uma pequena diferença no tratamento entre homem e mulher no caso em questão, já que é muito lesivo a esta vir a engravidar precocemente, tanto sendo um risco a sua saúde pois esta pode ter complicações no parto devido à sua pouca idade para gestacionar, bem como um risco à sua formação educacional.

Para se evitar que o homem maior de dezoito, busque se relacionar com pessoas menores de quatorze, visando evitar a prostituição principalmente nas camadas economicamente mais desfavorecidas da população, a norma atual se mostra condizente, principalmente, com a tutela prevista pelo legislador originário. Fora o fato que a retirada dessa presunção poderia acarretar que estes, se estupassem (conforme artigo 213 do C.P) os menores, os coagissem para dizer que o ato foi consensual, e estes, diante de sua fragilidade perante a força física do homem maior de dezoito anos, sucumbissem às suas ameaças.

Visto que a mulher, em regra, não é detentora de uma lascívia tão avantajada quanto a do homem, e que o menor de quatorze anos procura incansavelmente iniciar sua vida sexual, se mostra desarrazoado a tipificação do delito nesta hipótese, ainda mais pelo fato da sanção ser extremamente severa para ela, como já exposto anteriormente.

E se esta mulher que se relacionasse com o menor, viesse a engravidar, isto acarretaria num ônus gigantesco tanto para ela, como para o filho, fruto da relação ao qual o pai menor que procurou incansavelmente se relacionar sexualmente, se colocaria na situação de vítima para não arcar com as despesas oriundas da paternidade, causando isto um grave problema social tanto para mãe, que terá de cuidar do filho completamente desamparada, como do filho, que além de não ter o suporte financeiro da pensão de alimentos devida pelo pai, não teria a presença deste em sua vida.

E isto poderia acabar lhe causando várias sequelas de cunho emocional, indo de encontro à tutela constante no Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa o melhor interesse do menor e seu desenvolvimento num ambiente sadio.

Culturalmente é bem quisto, e de certo modo incentivado pela sociedade o menor masculino iniciar as atividades sexuais precocemente, como foi possível a percepção no caso de Jade Hatt, em que o pai do menor veio a público defender a relação do filho com esta, alegando ser uma honra para o seu filho, que este era “louco por sexo” e que “ele veria isto como uma marca de vitória para seu cinturão”; mostrando-se essa situação convergente ao relatado pela autora Silvia Petrilli em sua obra.

Na hipótese de gravidez, seria desarrazoado obrigar uma mulher a abortar um filho, caso esta fosse infratora do artigo 217-A do Código Penal, ao alegar que o menor foi estuprado, mesmo sendo o estupro uma das hipóteses legais de poder se abortar, visto que, conforme previsão normativa, a prerrogativa para querer abortar parte da vontade da gestante.

As consequências relacionadas ao caso, a exemplo da mãe ser presa, acarretaria no ferimento de direitos fundamentais do fruto da gravidez, uma vez que este viveria num ambiente prisional, ou teria a perda de uma chance de conviver com a mãe.

Pelo fato da mulher em regra, não ser dotada de uma lascívia tão exarcebada como a do homem, não se mostra necessária a alteração da norma para uma relação entre mulheres, onde uma seria maior de dezoito anos e a outra maior de quatorze, a não ser que a mulher menor de quatorze faça a mulher maior de dezoito incorrer em erro inescusável.

Logo, deveria haver uma alteração no caput do artigo 217-A do código penal, onde a atual redação que é “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” para o seguinte tipo penal: “Ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, exceto se houver erro de fato inescusável ou o agente for do sexo feminino e o ofendido do sexo masculino, desde que averiguado o discernimento do ofendido à época do fato”.

REFERÊNCIAS:

AGE OF CONSENT. **What is Statutory Rape?**. Disponível em:

<<https://www.ageofconsent.net/what-is-statutory-rape>>. Acesso em: 06 de nov. 2018.

AZEVEZO, Evelin. **Saiba Quais São as Funções da Testosterona no Organismo da Mulher. Extra/Globo**, 17 de set. 2018. Disponível

em:<<https://extra.globo.com/noticias/saude-e-ciencia/saiba-quais-sao-as-funcoes-da-testosterona-nas-mulheres-23076053.html> >. Acesso em: 30 de out. 2019.

BENEVIDES, Renata. **Vida Sexual é Iniciada Cada Vez Mais Cedo. Diário do Nordeste**, Ceará, 19 de Ago. De 2007. Disponível em:

<<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/metro/vida-sexual-e-iniciada-cada-vez-mais-cedo-1.221921>>. Acesso em: 06 de nov. 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4: Parte Especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**- 9ª ed. rev. ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Penal Dos Estados Unidos do Brazil** , Decreto N° 847, de 11 de Outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 06 de nov. 2018

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brazil**, Lei de 16 de Dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 06 de nov. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Saúde**, Resolução N° 466, de 12 de Dezembro de 2012. Disponível em:<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html> . Acesso em: 06 de nov. 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis Penas**, Decreto N° 2.2.213 de 14 de Dezembro de 1932. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>>. Acesso em: 06 de nov. 2018.

BRASIL. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**, Decreto N° 99.710, de 21 de Novembro de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm >. Acesso em: 15 de out. 2019.

BRASIL. **Lei da Alienação Parental**, Lei n. 12.318 de 26 de Agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm >. Acesso em: 03 de mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 1.480.881 PI (2014/0207538-0). Recorrente : Ministério Público do Estado do Piauí. Recorrido : A R de O. Relator : Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 27 de Ago.. 2015. Disponível

em:

<http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf>. Acesso em:06 de nov. 2018.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 12ª e.d. rev. E atual.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

D'ORNELAS, Stephanie. **Meninos Atingem Maturidade Sexual Mais Cedo do que Nunca. HyperScience**, 23 de ago. 2011. Disponível em <<https://hypescience.com/meninos-atingem-maturidade-sexual-mais-cedo-do-que-nunca/>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA. 2014.Dicionário Jurídico de Direito. 2014. Disponível em: < <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/pt/d/defloramento/defloramento.htm>>.Acesso em:06 de nov. 2018.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O Código civil e o novo direito de família. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

FARIAS e ROSENVALD, Cristiano Chaves de e Nelson. **Curso de Direito Civil 11ª e.d.**- salvador: Juspodivm,2019.

FAVORETTO, Antônio Celso. Estupro Contra Vulnerável - **Uma Análise à Luz dos Princípios Constitucionais e do Sistema Penal**. 2011. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte. Disponível em:<<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5619/1/Affonso%20Celso%20Favoretto.pdf>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

FILÓ, Mauro da Cunha Savino. **O Desafio da Hermenêutica Jurídica Diante do Crime do “Estupro de Menor Vulnerável”**. 2012. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presidente Antônio Carlos Juiz de Fora, 2012. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Maciel Ramos; Co- Orientador: Prof. Dr. Nuno Manoel Morgadinho Santos do Coelho. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/teses/dir5.pdf>>.Acesso em:06 de nov. 2018.

FONSECA, Antonio cezar da. **Direitos da criança e do Adolescente-3ª ed**- São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. **Direito de Família- 7ª ed.- 5ª triagem**- Rio de Janeiro: Forense,1993.

GOMEZ, Gloria. **Nanny Marissa Mowry, Accused of Molesting 11-year-old, is Pregnant Again. Fox13**. 18 set. 2017. Disponível em: <<http://www.fox13news.com/news/local-news/nanny-marissa-mowry-accused-of-molesting-11-year-old-is-pregnant-again>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

GOMEZ, Gloria. **Nanny Stripped of parental Rights Over Newborn Baby.** Fox13. 01 Mar. 2018. Disponível em: <<http://www.fox13news.com/news/local-news/nanny-stripped-of-parental-rights-over-newborn-baby>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – 16 e.d.- São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Pedro Zaracho. **Mulher Teve Filho com Menino de 11 Anos.** CM JORNAL, 29 jun. 2017. Disponível em <<https://www.cmjornal.pt/mundo/detalhe/mulher-teve-filho-com-menino-de-11-anos?v=cb>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

KARLLA, Patrícia. **Três Maneiras Que uma Menina Pode Romper o Hímen. sem ter Relações.** Disponível em: <<https://diariodebiologia.com/2018/07/e-possivel-romper-o-himen-fazer-sexo-rompido/>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

LÉXICO. Pt: Dicionário de Português Online. Dicionário Português Europeu. Portugal: 7Graus. 2009-2018. Disponível em: <<https://www.lexico.pt/vulneravel/>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais – 8.ed.-** São Paulo: Atlas, 2019.

MELO, João Ozorio de. **Leis controversas - Nos EUA, Homens Pagam Pensão aos Filhos Das Mulheres que os Estupraram.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-17/homem-paga-pensao-filha-mulher-legalmente-estuprou>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Editora Melhoramentos Ltda., 2018. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=94N8>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Orientações para o Atendimento à Saúde do Adolescente.** 2ª Edição. Brasília,2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/orientacoes_atendimento_saude_do_adolescente.pdf>. Acesso em:06 de nov. 2018.

MUELLER, Robert T..**When Male Rape Victims are Held Accountable for Child Support.** Disponível em:<<http://trauma.blog.yorku.ca/2018/05/when-male-rape-victims-are-held-accountable-for-child-support/>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

OLIVEIRA, Silvia Rabello Neves. **Conceito e Evolução Histórica da Maioridade Penal no Brasil.** Disponível em: <<https://silviarabello.jusbrasil.com.br/artigos/344812010/conceito-e-evolucao-historica-da-maioridade-penal-no-brasil>>. Acesso em:06 de nov. 2018.

PETRILLI, Silvia. **ROSA-DOS-VENTOS DA TEORIA DO PSICODRAMA.** 1ed. São Paulo: Editora Agora, 1994.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** volume 2: Parte Especial - 10ª Ed. rev. Ampl. E atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

SECRETARIA DO ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS. **Atenção à Saúde do Adolescente**; 1ªed. Minas Gerais, 2006. Disponível em:<
<http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Linha-guia%20Adolesc%C3%Aancia.pdf>>. Acesso em:06 de nov. 2018.