

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

MARIA EDUARDA ANDRÉ TEXEIRA

**O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ATUAL ORDENAMENTO
JURÍDICO**

**Taubaté
2023**

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Maria Eduarda André Texeira

**O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ATUAL ORDENAMENTO
JURÍDICO**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado para obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Me. Avelino Alves Barbosa Júnior.

Taubaté

2023

MARIA EDUARDA ANDRÉ TEXEIRA

**O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ATUAL ORDENAMENTO
JURÍDICO**

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____ . Universidade de Taubaté

Assinatura: _____ .

Prof. Dr. _____ . Universidade de Taubaté

Assinatura: _____ .

Prof. Dr. _____ . Universidade de Taubaté

Assinatura: _____ .

Prof. Dr. _____ . Universidade de Taubaté

Assinatura: _____ .

Prof. Dr. _____ . Universidade de Taubaté

Assinatura: _____ .

DEDICATÓRIA

Aos meus amados pais, que foram meu porto seguro perante as dificuldades neste percurso, pelo caminho e incentivo de sempre.

AGRADECIMENTOS

A Deus primeiramente, por ter dado à persistência, a coragem e a força de vontade de enfrentar todos os obstáculos que existiram durante todo o curso. Aos meus pais, pelo incentivo no que diz respeito aos meus estudos e crescimento profissional. Ao Prof. Me. Avelino Alves Barbosa Júnior, por me guiar durante toda a pesquisa.

Deus nos concede, a cada dia, uma página de vida nova no livro do tempo. Aquilo que colocarmos nela, corre por nossa conta.

Chico Xavier

RESUMO

Nesta pesquisa observa-se que, de todos os casos de violência contra crianças no Brasil, grande parte é caracterizada pelo estupro. O objetivo geral desta pesquisa é fazer uma análise do crime de estupro de vulnerável no atual ordenamento jurídico. Desta forma, a metodologia aplicada no presente trabalho se amolda em pesquisa bibliográfica, através de doutrinas renomadas do Direito Penal Brasileiro, artigos científicos, e pesquisa de julgados de Tribunais Estaduais e do Supremo Tribunal de Justiça, visando analisar a tese de que é possível a relativização do estupro de vulnerável, uma vez que a presunção é absoluta. Assim, conclui-se que, o abuso sexual na infância está associado a uma ampla gama de consequências adversas para os sobreviventes ao longo da vida. Até o momento, foram encontrados os vínculos mais fortes entre abuso sexual infantil e presença de depressão, abuso de álcool e substâncias, distúrbios alimentares para mulheres sobreviventes e distúrbios relacionados à ansiedade para homens sobreviventes. Um risco aumentado de revitimização de sobreviventes também foi demonstrado consistentemente para homens e mulheres sobreviventes.

Palavras-chave: Violência. Criança. Estupro. Vulnerável.

ABSTRACT

In this research it is observed that, of all cases of violence against children in Brazil, a large part is characterized by rape. The general objective of this research is to analyze the crime of rape of a vulnerable person in the current legal system. In this way, the methodology applied in the present work is shaped by bibliographical research, through renowned doctrines of Brazilian Criminal Law, scientific articles, and research on judgments from State Courts and the Supreme Court of Justice, aiming to analyze the thesis that it is possible to relativization of the rape of vulnerable people, since the presumption is absolute. Thus, it is concluded that sexual abuse in childhood is associated with a wide range of adverse consequences for survivors throughout their lives. To date, the strongest links have been found between childhood sexual abuse and the presence of depression, alcohol and substance abuse, eating disorders for female survivors, and anxiety-related disorders for male survivors. An increased risk of revictimization of survivors has also been consistently demonstrated for male and female survivors.

Key-words: Violence. Child. Rape. Vulnerable.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DESENVOLVIMENTO.....	13
2.1 O CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL	13
2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO.....	15
2.2.1 Ordenações Afonsinas.....	15
2.2.2 Ordenações Manuelinas.....	16
2.2.3 Ordenações Filipinas.....	17
2.2.4 Legislação Imperial	17
2.2.5 Legislação na República	19
2.3 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
2.3.1 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	20
2.3.2 A dignidade da pessoa humana	24
2.4 O CÓDIGO PENAL DE 1940.....	31
2.4.1 O Artigo 213 CP	32
2.4.2 Atualização do Código Penal de1940.....	37
2.5 PESSOAS VULNERÁVEIS.....	37
2.5.1 Os sujeitos e sua vulnerabilidade	37
2.5.2 Meios de execução e bem jurídico tutelado	39
2.5.3 O caso concreto e entendimentos jurisprudenciais	42
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O número de casos de estupro tem aumentado significativamente no Brasil. A fim de contextualizar as possíveis causas desse fato, é importante esclarecer o conceito de vulnerável, que segundo Capez (2012), o vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. O Código Penal conceitua o estupro de vulnerável como a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com menor de 14 anos, ou ainda, com aquele que por doença mental ou outra enfermidade seja incapaz de consentir com a prática do ato sexual.

De todos os casos de violência contra crianças no Brasil, grande parte é caracterizada pelo estupro. De acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, houve um aumento de quase 14% dos casos de violação de direitos de crianças e adolescentes em 2019, se comparado à 2018. A violência sexual esteve presente em 11% das denúncias, o que significa um aumento de 0,3% em relação ao ano de 2018.

O crime de estupro seja qual for a sua espécie, indubitavelmente é um dos mais crimes mais violentos do Código Penal, por isso, são considerados hediondos, obtendo como consequência, uma penalidade mais severa. Acerca dessas considerações, com o advento da lei 12.015 de 2009, o código penal brasileiro passou a prevê o delito de estupro de vulnerável, o que antes não estava expresso no ordenamento jurídico passou a ser inserido, disposto no artigo 217-A do (CP), considerando-o como o crime praticado contra pessoa vulnerável, aquela que não tem discernimento para consentir com uma relação sexual, seja porque ela possui uma deficiência mental ou, porque possui menos de 14 anos.

Atenta-se, que antigamente não se falava em um crime específico, o que havia era apenas o crime de estupro comum previsto no artigo 213 do (CP) “aquele praticado mediante violência ou grave ameaça”. Nessa perspectiva, o estupro de vulnerável é um crime que envolve elementos de extrema crueldade e controle além de ser bastante recorrente no Brasil.

Inicialmente, na primeira seção desse trabalho de conclusão do curso será apresentado o crime do estupro no Brasil, bem como a história das legislações brasileira, e as Ordenações pertinentes. Na segunda seção será abordada sobre a importância dos Direitos Fundamentais, analisaremos também a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, o Código Penal de 1940,

especificamente o Artigo 213º

Do Código Penal e a atualização do Código Penal de 1940. Na seção terceira relataremos sobre as pessoas vulneráveis, sujeitos e suas vulnerabilidades, meios de execução e bem jurídico tutelado. Por fim, a última seção irá explanar acerca do caso concreto e entendimentos jurisprudenciais.

O objetivo geral desta pesquisa é fazer uma análise do crime de estupro de vulnerável no atual ordenamento jurídico.

Desta forma, a metodologia aplicada no presente trabalho se amolda em pesquisa bibliográfica, através de doutrinas renomadas do Direito Penal Brasileiro, artigos científicos, e pesquisa de julgados de Tribunais Estaduais e do Supremo Tribunal de Justiça, visando analisar a tese de que é possível a relativização do estupro de vulnerável, uma vez que a presunção é absoluta.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL

A sociedade brasileira como um todo está sofrendo com muita violência de todos os tipos e covardias possíveis. Deseficarmuitotriste pelo o que determinadas pessoas estão se tornando, “um verdadeiro monstro”, capazes defazer latrocidades tamanhas sem piedade nenhuma. Vamos então começarmos o trabalho apresentando um desses crimes escolhidos para destrinchar neste TG. Consideramos em vista há décadas atrás que aumentou drasticamente e muito o crime de estupro não só no Brasil mas em geralnomundo inteiro.

É fato comum ouvirmos em nossas redes sociais e noticiários casos graves de estupros com violência impiedosa, sem nenhuma dó, mas com requintes de crueldade. Mas o pior, que estes criminosos estão cada vez mais perto de nós, e na maioria das vezes pessoas conhecidas da nossa convivência social. Moralmente se é condenado um pai, estuprar sua filha ou filho, ou mesmo umtio, a avó que é uma pessoa visivelmente carinhosa com seus netos e netas, masque cometem estes atos abusivos a crianças inocentes, imagine o trauma causado por estes homens monstruosos a mente de uma criança que sofre este abuso.

O contexto histórico de crimes sexuais como este é levado em consideração nasociedade e mudou ao longo do tempo. Portanto, com a mudança o crime estupro na legislação nas décadas explicitadas no texto, como o Código Penal de 1830 vigentes na época e o Código Penal Republicano de 1940 e finalmente o Código Penal de 1940, passou a ter severas punições. O estupro existia e era regulamentado no Brasil desde a Constituição de 1820, durou 6 (seis) anos até a criação do Código Penal Imperial confirmado em 16 de dezembro de 1830 por D. Pedro I. Esta ordem foi aprovada com a crítica das doutrinas, pois há uma generalização na redação das transgressões sexual.

É óbvio que a pureza da vítima é altamente discriminada porque se a pessoa que ligou foi estuprada, a pena foi reduzida. Não mais a vítima também é discriminada porque só mulher pura pode ser considerada uma vítima e não houve punição para os homens. Em 1890, o Código Penal Republicano o incorporou nos artigos 268 e 269, penas e atipicidade do crime de estupro.

Nos códigos mais antigos, como o de Hamurabi (cerca de 1.772 a.C.), o crime de estupro já era descrito, com a seguinte redação: “Art. 130 “se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre (1.780, online)”.

Na lei hebraica, a pena de morte era aplicada a um homem que insultasse uma noiva, ou seja, uma mulher prometida em casamento. No caso de uma virgem que não estava noiva, ele tinha que pagar cinquenta siclos de prata ao pai da vítima e se casar com ela, pois não poderia "demiti-la pelo resto da vida" porque ela o humilhava. No antigo Egito, a punição era a mutilação. Na Grécia antiga, inicialmente foi imposta uma multa simples, mas posteriormente foi introduzida a pena de morte (PORTINHO, 2019, online). No direito romano, a Lex Julia de vi Publica punia a violência carnal com a pena de morte. Foi considerado criminoso porque a violência utilizada visava mais do que o fim do agente. A igreja não era estupro.

Na antiga lei germânica, o crime também era severamente punido; no estupro canônico, a mulher ferida tinha que ser virgem, pois uma mulher madura não poderia cometer o crime e, além disso, era necessário o uso da violência. As antigas leis espanholas puniam o acusado com a morte, Fuero Viejo ex vima, que tornava o crime punível com a morte, ou declacion de inemistad, que dava aos parentes da vítima o direito de matar o criminoso.

A antiga lei inglesa tornava esse comportamento punível com a morte, punição mais tarde substituída pela castração e exumação (Fabiana dos Santos, Crimes against Customs). Na antiga lei francesa, era feita uma distinção entre sequestro forçado e estupro. A primeira envolveu a remoção forçada de meninas, mulheres de todas as idades e viúvas contra sua vontade para fins de abuso. A segunda tratava da força do acusado contra virgem, mulher ou viúva em razão de relação carnal, o que não foi alterado até 1810 pela legislação vigente (MARQUES; FERNANDES, 1991, p. 82).

Esse comportamento também foi caracterizado por diversas leis no Brasil entre 1500 e 1830, como os Decretos Alfonsinos (1500-151), os Decretos Manuelinos (151 -1603) e os Decretos Filipinos (1603-1916). Em 1830, entrou em vigor o Código Penal Imperial, listando uma série de crimes sexuais que foram duramente criticados pelos estudiosos da época. Na altura, o parlamento definia o crime de violência sexual no artigo 222 e o crime de atentado violento ao pudor,

embora não assim denominado, no artigo 223. O crime de violência sexual era punido de três a doze anos de prisão. , além de dote para a vítima, além disso, o acusado tem o direito de se casar com a vítima para evitar a punição do artigo 225. Em 1890, foi promulgado o Código Penal da República, colocando os crimes de estupro e atentado ao pudor em "violência carnal" (SOUZA, 2009).

2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO

Para falar sobre a história devemos ressaltar alguns pontos, marcos históricos acontecidos desde o Descobrimento do Brasil. No início desde a descoberta das nossas terras por portugueses houve muitos crimes cometidos pelos portugueses. Ao chegar aqui, eles fizeram dos índios escravos, mataram muitos e roubaram tudo de precioso que existia aqui, ouro e pau-brasil, entre outros. Por fim, estupraram as índias, foi muita coisa ruim que nossa história nos mostra. No tempo da colonização vieram os negros africanos, que sofriam castigos severos e até matavam se convinha a eles, as negras pertenciam aos donatários, donos das fazendas e eram também estupradas, viviam a mercê da sorte dos carrascos.

Após o descobrimento do Brasil passou a adotar toda legislação colonizadora. Permanecendo por muito tempo as ordenações portuguesa até o surgimento do Código Criminal do Império do Brasil. Que foram divididas em três: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Vamos detalhar cuidadosamente cada uma abaixo.

2.2.1 Ordenações Afonsinas

Nas ordenações do Reino, os delitos eram descritos como se contassem uma história, narrando os fatos e possuíam como característica, a severidade que a pena tinha sobre o delito.

As ordenações Afonsinas vigoraram no Brasil desde que foi descoberto. Constituídas e concluídas em 1446 sob a influência do direito canônico. Estas Ordenações foram inspiradas em falsas idéias religiosas e políticas confundido o crime com "pecado" (PIERANGELLI, 2001).

O delito de estupro era previsto no Livro V das Ordenações Afonsinas sob o título VI, como “da mulher forçada e como se deve a provar a força”. Se a mulher estuprada por um homem se queixasse, indo reclamar a justiça, deveriam tirá-la da casa de seu pai e ser levada para casa de um homem bom, para que não fosse difamada, ou para casa de um dos juizes para se guardar ao presoto do seu direito.

Se a mulher fosse estuprada em povoado, deveria fazer a queixa da seguinte maneira: gritando e dizendo: “vedes quem fazem”, indo por três ruas a queixa era válida. Porém se a mulher fosse estuprada em lugar deserto, deveria fazer cinco sinais que o corpo estaria em perigo, mas se um dos sinais falhasse a que ela não era válida e o preso logo era solto. Mais tarde, o rei D. Pedro decretou outra Lei da seguinte forma: a mulher que fosse estuprada deveria sair logo do ato do lugar, que lhe fizeram a força, gritando pela rua “vedes que o mal que me fez”

Todo homem de qualquer estado e condição que seja, que pela força ainda que esse casamento fosse feito por vontade da virgem, ou viúva, que vivesse honestamente, sendo forçada ao sexo, seria punido. O homem era punido por morte, salvo se o Rei quisesse relevar por graça especial.

2.2.2 Ordenações Manuelinas

Estas Ordenações (Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade – 1797) foram publicadas em 1521, sendo muito pouco aplicada no Brasil, apenas no período das Capitânicas Hereditárias. A segunda parte do título (Das Jurisdições e Privilégios), usa o termo “*traudella*”, que quer dizer “trava dela”, sendo entendido como uma forma de constrangimento.

A história da República do Brasil começou em 1889 com a proclamação da República e seguiu todo o período subsequente até o século XXI. A difusão dos ideais republicanos remonta aos tempos coloniais, como a Inconfidência Mineira e a Conjuração Baiana no final do século XVIII. Apesar dos ideais e rebeliões que visavam derrotar a monarquia, a elite agrícola do país não concordou em organizar o Brasil como uma república até o final do século XIX, quando acabou a escravidão. O fato de a república ter nascido com a aprovação da elite e implementada pela espada do exército brasileiro, moldou o caráter autoritário e excludente do Estado brasileiro, que garantiu os privilégios das classes dominantes e a negação dos direitos estatais, privando de aulas por muito tempo. A participação dos militares na

vida política nacional também foi contínua na história republicana do país, que pode ser dividida em várias fases.

2.2.3 Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas foram publicadas em 11/01/1603, sob o reinado de Felipe II, de Portugal e revalidadas pela Lei 29/01/1643, de D. João IV. O estupro era previsto no Livro V das Ordenações Filipinas sob o Título XVIII como “ Do que dorme por força com qualquer mulher, ou que dorme por força com qualquer mulher, ou a constringe. Comparando as Ordenações verificamos que houve alterações somente na linguagem nas palavras trauar para travar, sendo mera alteração lingüística.

2.2.4 Legislação Imperial

A Constituição do Reino do Brasil de 1822 estipulou que "a justiça civil e criminal seja administrada com a maior brevidade possível, em bases sólidas de justiça e igualdade" (Constituição BRASIL (1822), art. 179, entretanto, enquanto a monarquia brasileira não conseguiu produzir um código civil que só foi adotado na República, em 1916, o mesmo não aconteceu com a codificação do direito penal (LARA, 1999, p. 38–9).

Em 1829, uma comissão mista do Senado e da Câmara, que examinou dois projetos de Código Penal apresentados em 1827 pelos deputados José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos, recomendou este último, justificando a adoção de obra imperfeita, mas necessária e útil face à legislação em vigor. Segundo a opinião da Comissão, o Livro V das Ordenações Filipinas foi descrito como legislação imperfeita e bárbara, um corpo separado de leis influenciado por superstições e julgamentos severos (sessão de 31 de agosto de 1829) (MALERBA, 1994).

O Código Penal tinha quatro partes - Crimes e Castigos; de Crimes Públicos, Crimes Privados e Crimes Policiais - cada um composto por Títulos, Capítulos e Seções. Estava escrito no documento que nenhuma punição foi imposta para qualquer crime devido a possíveis circunstâncias atenuantes ou agravantes com as punições máximas, médias e mínimas previstas em lei. Criminosas são pessoas que cometeram, forçaram ou ordenaram alguém a cometer um crime.

Nessa lei, não haveria crime ou delito, sinônimos, sem a lei anterior que o qualificasse (Direito Penal, § 1º). Os menores de 11 anos estavam isentos de responsabilidade criminal (Lei Penal, art. 10), mas se fosse provado que eles eram culpados intencionalmente de um crime ou contravenção, eles eram punidos com prisão, não podendo a prisão ser prorrogada depois que o acusado completasse dezessete anos (Código Penal, art. 13).

O Código Penal adotado no Império significava a renúncia às penas dolorosas (desmembramento, amputação, chicotadas, etc.) no Código de 1830 (MORAES, 1923, p. 15), (SALLA, 2006, p. 6). As penas do antigo regime eram exemplares e recaíam sobre os corpos dos condenados. Nos casos que envolvam a aplicação da pena de morte, uma combinação de suplícios (açoites e tenazes quentes), além do esquartejamento antes ou depois da morte, de acordo com a condição do criminoso e o tipo de crime (LARA, 1999, p. 22).

A aplicação generalizada da pena de prisão, a partir do século XIX, foi fruto do ideário iluminista, dado o caráter igualitário da penalidade de confiscar um direito comum, a liberdade, de todos os que haviam sido elevados à categoria de cidadãos (SALLA, 2006, p. 46). Sua aplicação é prevista nos quatro títulos da parte segunda do Código de 1830, que tratou dos crimes públicos contra a existência política do Império, o exercício dos poderes políticos, o livre gozo dos direitos políticos dos cidadãos e a segurança interna (MALERBA, 1994, p. 119).

Nesses casos, a pena de prisão simples impunha aos réus “a reclusão nas prisões públicas pelo tempo marcado nas sentenças” (art. 47), mas podia ser acrescida da obrigação do trabalho, quando os condenados eram obrigados a se ocuparem diariamente do “que lhes for destinado dentro do recinto das prisões na conformidade das sentenças e dos regulamentos policiais das mesmas prisões” (art. 46).

No entanto, o texto da lei (1830) não dizia como o trabalho prisional deveria ser organizado. Essa tarefa foi deixada para os parlamentos provinciais, que tiveram que construir as instituições projetadas para esse fim, ou seja, “prisões, asilos e casas de correção” nos termos do § 10 da Lei Suplementar de 1830, e regular sua administração.

Desde 1850, no município neutro da capital do império, funcionava um estabelecimento prisional subordinado diretamente ao Ministro da Justiça. Embora a prisão trabalhista não pudesse ser realizada, o próprio texto da lei mandava

transformá-la em pena simples. Nos casos em que este remédio tenha sido aplicado, a pena de prisão deve ser prorrogada por um tempo que corresponda a um sexto do tempo prescrito para o cumprimento da pena de prisão com trabalho (art. 9). Para a aplicação dessas penas, as prisões do Império deveriam ser "seguras, limpas e bem ventiladas e com várias casas para separar os acusados das circunstâncias e a natureza de seus crimes" (Constituição do Império do Brasil (1822) Artigo 179, parágrafo 21).

2.2.5 Legislação na República

Em contraste, a Seção VIII do Código Penal de 1890 tratava de crimes contra a honra e a integridade da família. Ocorreram comportamentos típicos como lenocínio incentivo à prostituição e exploração sexual), infidelidade (adultério conjugal) e estupro. Este código essencialmente deixou intacto o raciocínio moral usado por seu antecessor para identificar as vítimas - com exceção de certos direitos das mulheres.

O Poder Constituinte é formado por duas espécies, ensina Miranda (2005, p. 75), "[...] a dogmática constitucionalista pátria distingue duas espécies de poder constituinte: o originário ou genuíno e o derivado ou constituído." Em breve definição o Poder Constituinte Originário é aquele que serve para elaboração de nova ordem estatal, ou seja, para uma nova constituição, o que necessariamente requer uma assembléia constituinte.

Com relação ao Poder Constituinte Derivado é aquele utilizado para realização de alterações na Lei Maior do País. Como já citado supra, a Constituição da República Federativa Brasileira já utilizou sua prerrogativa de ser alterada em 106 (cento e seis) oportunidades. O Poder Constituinte Derivado se apresenta de três formas: revisional, reformador e decorrente. No contexto do presente trabalho, sem desprezar os demais tipos de Poder Derivado, importa destacar o reformador. Trata-se do poder que possibilita aos legitimados alterar a Constituição, exercendo prerrogativa limitada, consoante previsto no art. 60 da Constituição (BRASIL, 1988).

2.3 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.3.1 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais encontram-se previstos no artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, dentro de um rol exemplificativo, sendo eles direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Esse dispositivo dispõe a igualdade de todos diante da lei sem qualquer tipo de discriminação, também ordena que os direitos fundamentais são invioláveis.

Os direitos fundamentais de um indivíduo são as proteções mínimas que a sociedade deve proporcionar a todos os cidadãos. Em sua forma mais pura, esses direitos representam a liberdade pública e contribuem para a formação de princípios eternos. Cabe ao governo defender e fazer valer os direitos em risco, uma vez que estas normas representam um ônus significativo para o Estado. Há um conjunto de direitos e proteções garantidos na Constituição a partir de 1988 que devem ser respeitados sob suas disposições. Em suas formas mais básicas, os direitos fundamentais e os direitos humanos são muito semelhantes. No entanto, os direitos fundamentais são universalmente reconhecidos e afirmados em todo o mundo. A necessidade de independência, igualdade e o respeito que advém de ser um ser humano foram todos atendidos por estas proteções. Não pode haver justiça ou prosperidade em uma sociedade sem a atualização dos direitos básicos, portanto eles servem como uma base firme para o resto da sociedade.

Devido ao seu desenvolvimento ao longo do tempo, os direitos básicos podem ser divididos em três categorias distintas. As liberdades fundamentais são as da primeira geração. Os direitos individuais, frequentemente chamados de direitos negativos, são aqueles que o Estado não tem autoridade para restringir. Os direitos da segunda geração são direitos positivos. Como estão associados à dinâmica de grupo ou igualdade, eles justificam a suposição de que o Estado deve protegê-los. O desenvolvimento de direitos que vão além de uma pessoa é central para a terceira geração da teoria jurídica. Importantes movimentos sociais e novas tecnologias também têm sido vinculados à identificação de uma nova geração (MAIA; GRADELLA, 2020).

Nenhuma pessoa ou evento pode ser apontado como o catalisador para o crescimento dos direitos fundamentais. Há uma busca contínua para identificar o

momento exato em que tais direitos podem ter surgido, e cada uma das principais escolas de pensamento jurídico deu uma contribuição única para essa busca. Os direitos fundamentais, segundo os jusnaturalistas, podem ser rastreados até traços que são intrínsecos à humanidade e, portanto, existiam muito antes de qualquer lei ou ordem. Entretanto, os jurispositivistas sustentam que estas proteções emergem naturalmente da interpretação que o tribunal faz das instâncias anteriores. Portanto, os direitos na sociedade atual emergiram como consequência da positivação das normas. As leis, e as liberdades básicas que gozamos como resultado, são o resultado da ação humana (DE ANDRADE, 2017).

Por outro lado, os realistas legais reconhecem que as liberdades básicas são o resultado de vitórias sociais, o que significa que as sociedades conseguiram controlar esses direitos em vários momentos. Como os direitos fundamentais surgiram como consequência do desenvolvimento histórico, estes últimos abriram o caminho para a proteção e expansão de tais direitos ao longo do tempo (CASTILHO; SANT'ANNA; ALONSO, 2017).

Atualmente, a maioria das pessoas tem uma visão histórica do mundo. Como os direitos fundamentais estão em constante evolução, é impossível apontar um momento exato de seu início; ao contrário, eles surgiram através do tempo através de um processo histórico gradual e ininterrupto. Para começar, os direitos fundamentais não foram rapidamente reconhecidos, já que seu desenvolvimento histórico não ocorreu de uma só vez, mas sim gradualmente, como consequência de muitas mudanças que aconteceram ao longo do tempo. Entretanto, a evolução das liberdades fundamentais ocorreu naturalmente ao longo do tempo. Esta realização foi se delineando gradualmente à medida que eles foram adquirindo conhecimento da vida social (CASTILHO; SANT'ANNA; ALONSO, 2017).

Nos períodos Antigos, Medievais e Modernos, muitas ideias foram disseminadas e um consenso foi formado sobre a base fundamental de certos direitos. Obviamente, este é o caso. O reconhecimento e, talvez mais importante, a positivação destes direitos fundamentais foram significativamente impactados pelas revoluções francesa, inglesa e americana. O Conceito Constitucional identifica três dimensões ou aspectos dos direitos fundamentais. Por outro lado, os constitucionalistas defendem a opinião de que existe uma quarta dimensão. Entretanto, podemos ver que ainda não existe um reconhecimento constitucional da existência desta quarta dimensão, e não existe um consenso genuíno sobre o tipo

de informação que ela contém. É vital enfatizar que as duas dimensões não se anulam, mas sim coexistem. Até certo ponto, o slogan da Revolução Francesa pode ser realizado, o que separa as dimensões na primeira dimensão da liberdade, na segunda dimensão da igualdade, e na terceira dimensão da fraternidade (3ª dimensão) (SARLET, 2012).

Uma ideologia que procura restringir o poder do governo é chamada constitucionalismo, que está fortemente ligada ao conceito de direitos básicos. Estes privilégios são o produto de um longo e laborioso processo de desenvolvimento histórico. Em retrospecto, o desenvolvimento do constitucionalismo e a proteção das liberdades individuais podem ser vistos como indissoluvelmente ligados. Para atender às exigências da sociedade moderna e para realizar os objetivos dos paradigmas emergentes do Estado, a incorporação de novos direitos tornou-se crucial. É consenso que o Estado liberal foi responsável pela emergência da primeira geração de direitos, o Estado social foi responsável pela emergência da segunda geração e o Estado democrático teve um efeito importante na emergência da terceira geração. Desde sua incorporação inicial nas constituições escritas, os direitos básicos passaram por várias modificações, não apenas em termos de texto, mas também de propriedade, eficácia e implementação (MONTORO, 2016).

A assinatura da Carta Magna pelo Rei João, O Grande, da Inglaterra em 1215 é amplamente considerada como o lançamento formal do Estado constitucional moderno. As batalhas políticas na Inglaterra entre a monarquia e a nobreza e, posteriormente, a burguesia moldaram a evolução dos direitos humanos no país. A Carta Magna, originalmente escrita em latim, mas traduzida para o inglês em 1215, foi um pacto condicional que entrou em vigor sob certas condições. Com esta carta, o rei e seus senhores feudais chegaram a um acordo de paz. A Carta reconheceu os direitos de algumas pessoas contra o governo, a fim de impedir que o monarca abusasse desses poderes (SOUZA *et al.*, 2020).

Entretanto, este acordo não foi feito para as massas, mas sim para a nobreza inglesa. Portanto, a Declaração dos Estados Americanos evoluiu como a verdadeira Constituição liberal, com os direitos básicos positivados e ordenados de uma forma mais oportuna e consistente. Com a redação da Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776, a ênfase foi colocada na igualdade de todos os homens e sua reivindicação de direitos inalienáveis, tais como a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Além disso, é crucial lembrar que foi a Revolução Francesa de 1789 que

universalizou os direitos fundamentais e tornou a positivação destes direitos uma realidade. Direitos como a liberdade, igualdade, direitos de propriedade e proteções individuais foram tão abertas e explicitamente explicitados no texto da Constituição (MONTORO, 2016).

O movimento constitucionalista que prosperou na Europa no final do século XVIII teve um impacto significativo no desenvolvimento dos direitos básicos no Brasil. Todas as constituições do Brasil até este momento garantiram aos cidadãos suas liberdades básicas. Esta primeira camada de direitos básicos foi criada pelo Título 8 da Constituição do Império de 1824, a Garantia dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. Segundo José Afonso da Silva, esta Constituição é a primeira no mundo a dar aos direitos humanos o status de princípio jurídico vinculante. Liberdade, anonimato e propriedade estavam entre os direitos que ela havia reconhecido anteriormente. A Constituição de 1824 reconheceu direitos sociais, que não foram consagrados nas constituições de outras nações até o final do século XIX (CASTILHO; SANT'ANNA; ALONSO, 2017).

A autoridade moderadora da Constituição, entretanto, impossibilitou que tais direitos fossem postos em prática. Consequentemente, o gozo dos direitos essenciais previstos na Constituição de 1824 não poderia ser garantido mesmo que a primeira e a segunda dimensões fossem combinadas. A Constituição de 1934 estabeleceu o Estado Social brasileiro, legalizando movimentos sociais anteriormente ilegais. Esta Constituição foi redigida após a revolução política e militar de 1930, inspirando-se em constituições europeias como a da República de Weimar (1919). Além de reconhecer direitos à igualdade, liberdade, justiça e bem-estar social e econômico, a Constituição brasileira de 1934 também reconheceu direitos à segurança social e econômica. Sob o novo marco constitucional, a ordem social do trabalho deu grandes e substanciais passos em frente (SARLET, 2012).

Por isso, a Constituição de 1934 deu margem de manobra para experimentar novas abordagens para o estabelecimento dos direitos fundamentais. No entanto, o autoritarismo restringiu as liberdades humanas em 1937, e esta repressão persistiu nas Constituições de 1967 e 1969. Estas liberdades foram cerceadas por emendas constitucionais que foram ratificadas em 1967 e 1969. Ao contrário das cartas autoritárias, a Constituição de 1934 estabeleceu não apenas os direitos e proteções dos cidadãos, mas também sua nacionalidade, sua filiação política e vários elementos de sua vida econômica e social. As disposições sobre nacionalidade,

cidadania e direitos e garantias individuais da Carta Constitucional de 1946 reforçaram os Direitos Fundamentais. Em 1946, o acordo foi formalmente ratificado. Estas salvaguardas constitucionais restabeleceram a proibição do uso da pena de morte e penas de prisão perpétua para todos os infratores e garantiram a continuidade das liberdades fundamentais. Além de manter o controle da legalidade e da inatividade judicial, o projeto de 1946 teve uma série de outras melhorias. *Habeas corpus*, *mandamus*, e o direito de tomar medidas legais como um grupo estavam entre eles (DE MORAES,2005).

2.3.2 A dignidade da pessoa humana

A Constituição dos Cidadãos de 1988 foi desenvolvida para garantir que as proteções e liberdades fundamentais fossem abordadas em várias partes do texto. Porque, de acordo com suas disposições, o governo e os direitos fundamentais do Brasil passaram por uma dramática transformação. Os direitos e garantias fundamentais são discutidos em cinco capítulos diferentes no Título II: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Os direitos individuais e comunitários incluem o direito à vida, igualdade, dignidade, segurança, honra, liberdade e propriedade. Além disso, eles estão relacionados com o conceito de individualidade nas pessoas. O direito à vida, juntamente com os direitos à igualdade e decência, é um direito cívico e humano fundamental. O artigo 5º da Constituição dos Estados Unidos da América enumera certos direitos. Os direitos do indivíduo são os meios pelos quais se pode contestar as políticas arbitrárias do Estado. Entretanto, mesmo uma coletividade teoricamente restrita pode ter certos direitos como um grupo (MAIA; GRADELLA,2020).

Sob os direitos sociais, o Estado deve permitir que os indivíduos se envolvam em perseguições construtivas. O Estado está violando o direito das pessoas de buscar segurança econômica agindo desta forma. Direitos à educação, saúde, emprego, segurança social, tempo livre, segurança para mulheres e crianças e assistência financeira são todos exemplos do que o governo deve proporcionar. Cada uma destas proteções está prevista no artigo 6º da Constituição (SOUZA *et al.*, 2020).

A sociedade possui como uma de suas principais características do ponto de vista jurídico um caráter dinâmico. Ela está sempre em mudança. E isso decorre da

conduta pessoal e individual de cada ser humano no meio social. No mundo contemporâneo, o homem é um ser que vive cada vez menos isoladamente. Ele é essencialmente um ser gregário, ou seja, é de sua natureza viver e conviver com outros indivíduos.

Acerca desse tema, dispõe o Jurista André Franco Montoro:

O homem está cada vez menos isolado. Desde o nascimento, pertence a alguns grupos como a família, a comunidade local, a classe, a nação, a igreja. Em seguida entra para a escola, o clube esportivo, a empresa, o sindicato, o partido e outras modalidades de associações (MONTORO, 2016, p.615).

Desde o nascimento, o homem é um ser sociável. E, conseqüentemente, entre os indivíduos criam-se determinados grupos, que por sua vez, são formados por características próprias e comuns entre todos os membros. Podermos citar, por exemplo, um grupo religioso que segue determinada doutrina, um clube esportivo ou determinado grupo social que apoia algum partido político, entre outros. Diante de uma sociedade repleta de grupos sociais, surgem várias características específicas como crenças, costumes e valores culturais diferentes que acabam refletindo em tudo ou em quase tudo no dia a dia do homem na sociedade e em diversas áreas, inclusive, na área do direito, que serve de instrumento de controle social, com a finalidade de trazer ordem, equilíbrio e harmonia, que são elementos indispensáveis ao convívio social.

Assim aduz André Franco Montoro:

O Direito emana da sociedade sob múltiplos aspectos: 1. Como resultante do poder social; 2. Como reflexo dos objetivos, valores e necessidades sociais; 3. Como manifestação ou efeito de fatores sociais: históricos, geográficos, técnicos, econômicos, culturais, psicológicos, morais, religiosos etc. O sistema de direito de cada povo se apoia permanentemente em um fenômeno de poder social, isto é, numa realidade social complexa, em que a resultante das suas forças faz nascer efetivamente o direito vigente (MONTORO, 2016, p. 619).

É dos valores, das necessidades e de fatores ocorridos na sociedade que surge o direito. Ele resulta de “um complexo de fatores sociais” (MONTORO, 2016, p. 648), que influencia no surgimento, como por exemplo, do Direito de Família, do Direito Penal, do Direito Civil e das normas processuais que regulam os trâmites dos processos. Em virtude das diversidades culturais e sociais, muitas características se perdem e outras se ganham numa grande velocidade com o passar dos tempos.

Dessarte, como a sociedade muda constantemente, o direito, como seu reflexo, muda da mesma forma, levando-se assim à criação, revogação e alteração de normas, com a finalidade de garantir uma convivência social harmônica entre os indivíduos e aperfeiçoar as normas para adequá-las às exigências e ao desenvolvimento da sociedade.

Os abusos cometidos contra crianças, com finalidades sexuais, como bem enfatizam Aded; Dalcin; Moraes; Cavalcanti (2006) é uma prática universal que perpassa todas as camadas da sociedade em diferentes épocas. Apesar desse tipo de violência ocorrer há milênios, apenas a partir do final do século XVII a infância começou a ter uma pequena relevância social. As alusões feitas pelas crianças referentes a possíveis abusos eram consideradas fantasiosas e mentirosas e somente a partir do século XX passou-se a considerar essa violência como crime.

Pode-se afirmar que o abuso sexual e suas consequências sobre a vítima são primeiramente uma violação dos direitos humanos. Florentino (2015) ressalta que a violência sexual se caracteriza por atos praticados com finalidade sexual que, por trazerem prejuízos biopsicossociais ao sujeito violado (crianças e adolescentes), desrespeitam os direitos e as garantias individuais como liberdade, respeito e dignidade previstos na Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990, Artigos 7º, 15, 16, 17 e 19).

Outra característica que compõe o abuso sexual infantil se refere ao contexto em que ele acontece. Batista (2009) aponta o quanto é danosa a violência sexual sofrida por crianças pela proximidade que ela tem do abusador, sendo em sua maioria alguém de sua confiança, de dentro de casa. O abuso sexual quando ocorre no contexto intrafamiliar contribui para a construção do silêncio e na propagação da impunidade no que se refere a esse tipo de violência. A Agência Brasil (2019) divulgou dados referentes às denúncias realizadas nos primeiros meses de 2019, onde 70% dos registros de abuso sexual infantil ocorreram na casa da vítima ou do abusador. Romero (2007) destaca alguns efeitos dessa violência no desenvolvimento infantil:

Essa experiência poderá interferir em seu desenvolvimento, considerando que a criança e o adolescente não têm ainda independência emocional e/ou maturidade plena para dar seu consentimento informado, o que nos leva a crer que sua participação foi obtida mediante coerção física ou psicológica, violando as regras sociais e os papéis familiares (Romero, 2007, p. 15).

Weber (2011) conceitua personalidade como tendências mais persistentes que vão orientar o sujeito ao se relacionar, agir, pensar, entre outros. A infância é o momento primordial de aprendizado e desenvolvimento da personalidade. Para que o progresso afetivo e cognitivo aconteça de forma satisfatória a criança necessita de ambiente familiar acolhedor que supra suas demandas biológicas e afetivas. Quando uma pessoa em fase de desenvolvimento infantil experimenta o abuso sexual, a construção de sua personalidade será certamente influenciada por esse incidente, o que irá ecoar ao longo de seu desenvolvimento até a fase adulta (WEBER 2011).

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III da constituição federal brasileira de 1988 e é definido como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Assim, a Carta magna ao enquadrar a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos torna evidente sua relevância no âmbito jurídico e social, uma vez que, aquilo que é consagrado na constituição federal reflete em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de sua extrema importância, o princípio acima mencionado não possui uma definição exata dada pelo ordenamento jurídico e por essa razão, muito embora possa se extrair um significado pelo senso comum, busca-se o entendimento doutrinário para sua conceituação.

De acordo com Sarlet (2012, p. 73):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede de da vida (SARLET, 2012, p. 73).

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se como uma garantia inerente a todos de tal forma que essa dignidade não precisa ser conquistada ou merecida, sendo oponível contra todos. Sendo assim, o respeito a tal garantia é um dever do Estado e da sociedade.

Conforme preleciona Sarmento (2016, p. 101):

A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular.

Cumprido ressaltar que, a dignidade da pessoa humana é um atributo que define as pessoas em sua qualidade de ser humano e por essa razão, embora possa ser violada, jamais deverá ser retirada, pois nem mesmo o titular poderia abrir mão dessa garantia. Nesse sentido, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana deixa de ser um conceito vazio e vai ganhando forma, com os devidos respaldos feitos anteriormente, é preciso entender por que a preocupação em torno da sua proteção é tão relevante. A dignidade da pessoa humana serve de fundamento para os direitos e garantias fundamentais do nosso ordenamento jurídico, pois é possível encontrar nesses direitos e garantias fundamentais a ideia de dignidade, pois todos visam assegurar dignidade e desenvolvimento de todas as pessoas (SARLET, 2012).

Nesse diapasão, nota-se que os perigos decorrentes da violação a esse fundamento da constituição federal brasileira, pode ganhar proporções maiores, pois se a dignidade da pessoa humana se apresenta como alicerce para os direitos e garantias fundamentais, ao ser violada também pode implicar na violação deles. Segundo Sarlet (2012, p. 102) “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”. Sendo assim, ao considerar o que diz o autor supramencionado, é possível reafirmar a estreita ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais.

Nessa cognição, é possível complementar a noção dessa ligação com um exemplo nas palavras de Sarlet (2012, p. 104) “o direito geral de igualdade (princípio isonômico) encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos”. A dignidade da pessoa humana, apesar de receber seu destaque logo no artigo 1º da constituição federal brasileira, também se encontra prevista em outros dispositivos, pois como já foi mencionado esse princípio reflete em todo o ordenamento jurídico, como se pode verificar no artigo 8º do código de processo civil, que menciona o dever do juiz de observar a dignidade da pessoa humana ao aplicar o ordenamento jurídico.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana assume um papel de extrema importância, pois na mesma medida que a garantia de sua efetiva aplicação pode ser grandioso para a sociedade, no sentido de torná-la melhor, os riscos decorrentes de sua violação também podem ser excessivos e até mesmo irreparáveis. E por essa razão, é que a dignidade da pessoa humana merece a devida atenção do Estado na busca da sua efetivação, e é um dever da sociedade o respeito a esse princípio que fundamenta nossa carta magna. Falar da dignidade do paciente psiquiátrico implica falar da dignidade da pessoa humana geralmente vulnerável e, principalmente, no que diz respeito à sua autonomia e privacidade. A dignidade como direito se refletiu nos instrumentos de proteção dos direitos humanos e nos textos constitucionais de diversos países após o fim da Segunda Guerra Mundial. Isso representou o culminar da evolução histórica do conceito de dignidade, que é muito antigo e mudou ao longo do tempo (CASTILHO; SANT'ANNA; ALONSO, 2017).

Na concepção greco-romana a dignidade era entendida como estatuto ou posto e, embora em alguns casos recebesse um valor superior como típica da espécie humana (Cícero), isso não justificava a concessão de proteção especial a este grupo. A Idade Média, a noção de dignidade rompe a dependência dos papéis sociais e é entendida como vinda de Deus, na crença de que os homens são criados à sua imagem e semelhança. Mais tarde, os humanistas da Renascença e antes que Santo Tomás de Aquino o fizesse, identificaram dignidade e razão (SOUZA *et al.*, 2020).

A raiz da dignidade do homem é a capacidade de escolher ser o que ele quer ser e que isso é um presente de Deus. Essa concepção é posteriormente desenvolvida por Immanuel Kant, a quem alguns consideram o pai do conceito moderno de dignidade (desvinculado de uma raiz religiosa) e que afirma que o homem como indivíduo dotado de dignidade deve ser tratado como um fim e não como um meio. Kant também está relacionado ao conceito de dignidade como autonomia: tratar as pessoas com dignidade é tratá-las como indivíduos autônomos, capazes de decidir seu destino (DE ANDRADE, 2017).

Essa noção de dignidade está expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, reunindo o que já está estabelecido no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, invoca em seu preâmbulo a "dignidade intrínseca" de todos os membros da família humana. Em seguida, em seu artigo 1º, estabelece que "todos

os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Desse modo, introduz legalmente o conceito de dignidade humana, vincula-o ao princípio da igualdade e populariza-o, de modo que é difícil encontrar hoje os textos constitucionais e os instrumentos de direitos humanos que pelo menos em seu preâmbulo não invoca a dignidade humana como base dos direitos que consagra. Este é o caso, para citar alguns, dos preâmbulos dos convênios da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos civis e políticos e sobre Direitos econômicos, culturais e sociais de 1966, Discriminação racial de 1965 e tortura de 1985. Também se estende a outros instrumentos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica de 1992 que, além de seu preâmbulo, refere-se extensivamente ao assunto em seus artigos 1, 2, 6, 11, 12, 15, 21 e 24 (MAIA; GRADELLA, 2020).

Então vale a pena perguntar o que se entende por dignidade ?; A dignidade é um conceito moral sem sentido ?; é um direito em si mesmo ou é o fundamento ou fonte de outros direitos? Habermas (2004) afirma que a dignidade cumpre, entre outras funções, a de ser a fonte moral da qual todos os direitos fundamentais derivam seu sustento. É o portal por meio do qual o conteúdo universal igualitário da moralidade é importado para o direito, a dobradiça conceitual que reúne a moralidade do respeito igual por cada sujeito com o direito positivo. Sustenta que, devido ao carácter abstrato dos direitos fundamentais, devem ser especificados em termos concretos em cada caso particular. Desta forma, os juízes apelam para a proteção da dignidade humana quando, por exemplo, avaliam os riscos das novas tecnologias, o que os leva a introduzir um novo direito de proteger ou não violar a dignidade humana. Desse modo, a dignidade cumpre uma função criativa da lei.

Com efeito, a generalidade ou a indefinição do conceito de dignidade intrínseca do ser humano e do paciente em particular não pode ocultar o seu carácter operacional. Isso se manifesta no fato de que sua deficiência foi, é e continua a ser invocada com sucesso perante os tribunais e com base em instrumentos de direitos humanos, constituições nacionais e leis especiais que protegem os direitos dos pacientes (negação de tratamento médico, problemas de cobertura de seguro saúde e morte digna, para citar alguns). Nesse sentido, a dignidade é um direito em si e fonte de outros direitos.

A pessoa humana é inviolável e em qualquer circunstância tem direito ao reconhecimento e ao respeito por sua dignidade. Esta norma ratifica o conceito de

dignidade humana como direito em si mesmo e fonte de outros direitos ou, é uma premissa da qual derivam outros direitos muito pessoais, embora seu caráter de premissa não afete sua essência e autonomia. Conseqüentemente, qualquer dano à dignidade humana e suas derivações (privacidade pessoal ou familiar, honra ou reputação, imagem ou identidade) gera a obrigação de prevenção e reparação.

O direito a proteção constitucional protege a dignidade e a autonomia não no abstrato, mas nas relações materiais, concretas, portanto, o respeito pela dignidade humana deve inspirar todas as ações do Estado. O princípio da dignidade não é apenas uma declaração ética, mas uma norma legal vinculativa para todas as autoridades; é, conseqüentemente, um valor fundador e constitutiva da ordem jurídica e dos direitos fundamentais, o que se expressa no respeito pela vida e integridade física dos outros; é um sentido moral e legal extensa que não se reduz apenas à esfera policial ou criminal; também se compromete autoridades e indivíduos não devem maltratar, ofender, torturar ou infringir tratamento cruel ou degradante de pessoas com base em suas opiniões, crenças, ideias políticas ou filosóficas, uma vez que qualquer ação contrária ignora o direito à igualdade, o que implica que todas as pessoas devem receber a mesma proteção e tratamento de autoridades, sem qualquer discriminação ou consideração com base no sexo, raça, origem nacional ou família, idioma, religião, etc.

2.4 O CÓDIGO PENAL DE 1940

O Código Penal de 1940 que, antes de sofrer diversas alterações importantíssimas, versava sobre os crimes contra os “costumes”. Não deixou de se orientar pela lógica da moralidade, adquirindo a tutela dos costumes morais como elemento orientador. Caso a conduta tivesse como vítima uma mulher não reconhecida como digna de proteção, não haveria crime. Isso porque a referida conduta não era identificada como moralmente reprovável, visto que a vítima - seja por conta da sua liberdade sexual ou pela sua condição social - não possuía, teoricamente, um direito a priori que pudesse ser violado.

Entretanto, esse código teve algumas modificações importantes no que tange aos crimes sexuais, trazidas pela Lei nº 11.106/2005. Anteriormente ao advento da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, os artigos 213 e 214, inseridos no Título VI (Dos crimes contra os costumes) e Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual)

do Código Penal Brasileiro, assim dispunham, respectivamente, acerca do crime de estupro e de atentado violento ao pudor: Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Ao analisarmos a maior parte da doutrina penal que dissertava sobre os delitos em comento, agora alterados pela Lei nº 12.015/2009, podíamos perceber que aquela era unânime em destacar a liberdade sexual como o bem da vida a ser juridicamente tutelado, a qual, em outras palavras, pode ser entendida como “a capacidade que toda pessoa tem de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual” Entre outros objetivos, a referida lei pretendeu afastar a discriminação de gênero (não mais limitando a vítima à mulher), coibir a exploração sexual infantil e eliminar alguns dispositivos ultrapassados. Essa legislação retirou os artigos que faziam menção a crimes como: o rapto de mulher honesta e o rapto consensual; a sedução da mulher virgem; a multa pelo tráfico internacional de pessoas; e o adultério. Eliminou, também, as causas extintivas de punibilidades e atenuantes como motivos de casamento (GRECO; RASSI, 2010). Em outras palavras, buscou afastar uma parcela do patriarcalismo moral representado por algumas tipificações.

2.4.1 O Artigo 213 CP

A corrente majoritária da doutrina se inclina no sentido de que o novo artigo 213 do Código Penal Brasileiro se trata de um tipo misto alternativo, conceituado como um crime de conteúdo variado ou ação múltipla, em razão da junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, portanto, para os que entendem dessa forma, o agente que constrange a mesma vítima, mediante grave ameaça ou violência, a ter conjunção carnal e praticar outro ato libidinoso, responderá por crime único de estupro.

Entendimento que é defendido por Nucci (2021) é constituída de verbos em associação: a) constranger alguém a ter conjunção carnal; b) constranger alguém a permitir outro ato libidinoso; c) constranger alguém com que ele se pratique outro ato libidinoso. São três possibilidades de realização do estupro, de forma alternativa, ou seja, o agente pode realizar uma das condutas ou as três, desde que contra a

mesma vítima, no mesmo local e horário, constituindo um só delito.

Nucci (2021) entende ser uma constituição de verbos em associação e em concurso de crimes estes verbos não poderiam ser cumulados, por isso trata-se de crime único. Posicionamento sustentado, também, por Luiz Regis Prado. Tratado de Direito Penal brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2019, 1, p. 139, que ressalta a importância das condutas serem dosadas pelo juiz quando da aplicação da pena: Se o agente praticar vários atos sexuais com a mesma vítima em um único fato responderá tão somente pelo delito de estupro, em razão da estrutura mista alternativa do tipo objetivo.

Nesse contexto, a prática de qualquer outro ato libidinoso e conjunção carnal configurariam sempre crime único, inexistindo assim a possibilidade de concurso de crime ou de continuidade delitiva. O presente entendimento é também defendido veementemente por Rogério Greco (2022).

Agora, como as referidas figuras típicas foram fundidas, não há mais qualquer argumento que justifique o entendimento de que conjunção carnal e atos libidinosos, embora do mesmo gênero, não são da mesma espécie. Se esse raciocínio já não se sustentava anteriormente, que dirá agora, depois da fusão dos mencionados tipos penais. Dizer que não cabe continuidade delitiva, a Continuidade delitiva ou crime continuado.

Art. 71 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplicasse-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Como exemplo, pode-se aqui demonstrar o seguinte: pessoa que furta fio de cobre em dias variados, sempre sozinho, sempre a noite e com ajuda de uma escada, ou seja, mesma circunstâncias de tempo e lugar = crime continuado. A fração a ser aplicada aqui é de 1/6 a 2/3. A fração também leva em consideração o total de crimes cometidos.

Parágrafo único – Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias,

aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Como exemplo, pode-se aqui demonstrar o seguinte: 3 homicídios dolosos praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira e execução, há a possibilidade do juiz aplicar a pena do mais grave e exasperar essa pena até o triplo.

Requisitos

- pluralidade de condutas (+ de 1 ação ou omissão);
- pluralidade de crimes da mesma espécie;
- conexão espacial, temporal, modal;
- unidade de desígnios. (Deve haver uma uniformidade da intenção do agente, unidade de desígnios.)

Entre comportamentos previsto na mesma figura típica é negar, evidentemente, a realidade dos fatos. É querer, a todo custo, buscar uma pena mais severa para o condenado. Corrobora com o mesmo entendimento o Supremo Tribunal Federal, como podemos ver no HC 86110/SP: EMENTA: AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica.

Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima. Fernandes., Carlos. Teoria Geral do Direito Civil, I, 3ª ed., Universidade. Católica Editora, 2001. no HC 144.870/DF, do qual foi Ministro Relator: Registro, inicialmente, que, antes das inovações trazidas pela Lei nº 12.015/09, havia fértil discussão acerca da possibilidade – ou não – de se reconhecer a existência de crime continuado entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor. [...] A questão, tenho eu, foi sensivelmente abalada com nova

redação dada à Lei Penal no título referente aos hoje denominados Crimes contra a Dignidade Sexual. [...] tenho que o embate antes existente perdeu sentido. Não há mais crimes de espécies diferentes. Mais que isso: agora, o crime é único. A título ilustrativo, caso um agente pratique, num mesmo contexto, contra a mesma vítima, cópula vaginal e coito anal, responderá apenas e tão somente por um crime de estupro. É bem de ver que ao proceder à dosimetria da pena, caberá ao julgador distinguir uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo.

Tais ponderações terão vez quando da análise das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal. Assim, haverá maior reprovabilidade da conduta (juízo da culpabilidade) quando o agente constranger a vítima à conjunção carnal e, também, ao coito anal, ou à felação (sexo oral).

O sujeito, no mesmo contexto fático, constrange a mesma vítima (uma mulher), mediante violência ou grave ameaça, e mantém com ela tanto conjunção carnal como coito anal. Esse “fato” (esse contexto fático único, contra a mesma vítima) constitui crime único (CP, art. 213, com a redação dada pela Lei 12.015/2009) ou uma pluralidade de crimes (concurso de crimes) é crime único, mas que deve ser punido mais severamente (porque, em razão da pluralidade de ações, maior é o desvalor do fato).

A nova tipificação, entretanto, não apenas eliminou a possibilidade de concurso material, como em regra, a própria continuidade delitiva, quando se tratar de um único agente que realiza múltiplas condutas com a mesma vítima, por se tratar agora de crime único. No entanto, defendemos que um tempo considerável de duração do estupro e/ou o excessivo grau de sofrimento da vítima, deva ser considerado pelo juiz na dosimetria da pena (para elevar a penabase), na análise das consequências do crime que é uma das circunstâncias judiciais.

O sofrimento da vítima, porém, não está relacionado apenas a gravidade do ato em si, mas também as condições psicológicas da mesma. Compartilha ainda do mesmo entendimento Paulo Queiroz (2001) afirmando que, com efeito, se antes da reforma parte da jurisprudência relutava em admitir a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ao argumento de que não eram “crimes da mesma espécie” (CP, art. 71), já agora semelhante alegação restou superada, em virtude da fusão dos tipos dos arts. 213 e 214. Exatamente por isso, caberá, inclusive, revisão criminal em favor dos réus condenados por concurso

(material) desses crimes, para o fim de, reconhecida a continuidade, proceder-se ao recálculo da pena, se o próprio juiz da execução não o fizer. Claro: o reconhecimento da continuidade delitiva só será possível se o único obstáculo para tanto tiver sido a alegação de não se tratar de “crimes da mesma espécie”.

Ademais, não há mais concurso formal ou material de crimes, mas crime único, sempre que o agente praticar, num mesmo contexto, atos libidinosos e conjunção carnal, mesmo porque a lei tratou, claramente, a conjunção como espécie do gênero atos libidinosos, além de tais atos fazem agora parte de um mesmo tipo penal. Também por isso, os réus eventualmente condenados, em concurso formal ou material de estupro e atentado violento, por praticarem, num mesmo contexto, tais atos (libidinosos), farão jus à revisão da pena. *Novatio legis in melius*, quer dizer é necessário compreender a extra-atividade da lei penal, sendo essa um gênero com duas espécies: ultra-atividade e retroatividade.

Segundo Rogério Greco (2017, p.159):

Chamamos de extra-atividade a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo regulando fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo depois de ter sido revogada, ou de retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente à sua vigência, desde que benéficas ao agente.

Os argumentos favoráveis a essa corrente são: existe um núcleo do tipo comum (“constranger”); foram fundidos dois tipos penais em um único tipo (atentado violento ao pudor e estupro agora é só estupro); é um tipo misto alternativo porque são utilizados “,” ou “ou” e essa linguagem é típica do misto alternativo, sendo que, no tipo misto cumulativo, normalmente é utilizado “;” ou “e” para separar as figuras distintas.

E por haver condutas homogêneas, devem ser punidas de forma única. Ainda que a violação seja feita de forma diversa, o bem jurídico é um só. Diante do posicionamento de tantos doutrinadores no sentido de que o agente que, dentro do mesmo contexto fático, constranger a mesma vítima, mediante grave ameaça ou violência, a praticar conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso irá responder por “crime único” (mas que deverá ser punido mais gravemente, de acordo com a quantidade de condutas), podemos comprovar que esta posição é predominante na doutrina.

2.4.2 Atualização do código penal de 1940

O Código Penal em vigor desde 1940 colocou o estupro e atentado violento ao pudor na rubrica de "Crimes contra os costumes" e trouxe de volta à sua redação original: "Estupro - Art. 213: Constranger mulher a conjugação carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena: reclusão, de três a oito anos". Atentado violento ao pudor - Art. 214: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libilinoso diverso da conjugação carnal: Pena: reclusão de dois a sete anos.

Nossa sociedade tem bases patriarcais sólidas, na qual encontravam-se sedimentados os valores da virgindade e castidade das mulheres como pilares norteadores da integridade moral da família e da sociedade. O costume social da época primava pela defesa da honra familiar, depositada na "honestidade" das mulheres casadas e na virgindade das solteiras.

Aquele que atentava contra esses valores, feria muitomais a honra familiar, particularmente dos homens da casa, que a liberdade sexual da mulher. Isto explica "casamentos forçados na policia" quando o rapaz se relacionava com a mulher virgem e depois, no dizer popular da época, recusava-se a "consertar o mau que lhe fez", casando-se com ela. Ainda em 1940 e em datas anteriores, a recusa do sujeito em cumprir com o dever de casar-se podia trazer consequências graves.

O adultério, muito frequentemente resultava no assassinato da amante, da mulher, ou de ambos. Tudo com fim de "lavar a honra" do homem traído e de sua família. Talvez esse panorama criminológico tenha impulsionado o legislador brasileiro a revisar a lei penal referente aos crimes sexuais, o que foi feito pela Lei nº 12.015/09, cujas alterações vieram a recrudescer as penas contra tais crimes.

2.5 PESSOAS VULNERÁVEIS

2.5.1 Os sujeitos e sua vulnerabilidade

A vulnerabilidade é uma condição humana para além da identidade, partindo de uma abordagem da discriminação para a igualdade formal, em um universalismo que transcende categorias como raça e classe. Em suma, para a teoria da vulnerabilidade de Fineman, o que diferencia cada pessoa são os recursos e a

capacidade efetiva de suportar as adversidades. Freeman defende um “Estado responsivo” para alocar recursos de acordo com os níveis de resiliência necessários para compensar a vulnerabilidade fortalecida pelas instituições e pela sociedade. Essa visão tenta evitar os conceitos de identidade referindo-se à complexidade; como diferentes fatores convergem para cada indivíduo incorporado ou incorporado às formas de vulnerabilidade e particularidade, como essa complexidade se materializa individualmente. A complexidade e a particularidade podem ser facilmente tomadas como identidade, mas Fineman quer usar a vulnerabilidade antes de tudo como um princípio universal (SANCHES, 2015).

O estupro de vulnerável, além da criança e adolescente até 14 anos, configura-se também a deficientes mentais e fisicamente incapazes. Além das leis que proíbem a agressão sexual pela força, ameaça de força ou em vários outros contextos, certas disposições da lei de estupro de vulnerável se aplicam especificamente a pessoas cuja condição física ou mental afeta sua capacidade de consentimento. É estupro de vulnerável ter relações sexuais com alguém que seja:

- (1) mentalmente deficiente a ponto de a pessoa ser incapaz de consentir ;
- (2) fisicamente desamparado e;
- (3) Menores de 14 anos.

Em contraste, de acordo com a lei atual, uma pessoa é culpada de agressão sexual se a vítima for (1) “mentalmente deficiente” e, conseqüentemente, incapaz de consentir a relação sexual ou (2) fisicamente vulnerável. Uma pessoa é culpada de agressão sexual de 4º grau se a vítima for “mentalmente deficiente” ou “mentalmente incapacitada” e, conseqüentemente, incapaz de consentir no contato sexual ou fisicamente vulnerável. Uma pessoa é “mentalmente deficiente” se uma doença ou defeito mental a torna incapaz de avaliar a natureza de sua conduta.

Uma pessoa está "mentalmente incapacitada" sob a lei atual se ela se tornar temporariamente incapaz de avaliar ou controlar sua conduta porque, sem consentimento, por exemplo outra pessoa administrou drogas ou intoxicantes a ela ou algum outro ato foi cometido na pessoa. A lei anterior anulava o crime se o agressor se casasse com a vítima, na maioria dos casos. Com o advento da lei estudada, houve a unificação das leis de atentado ao pudor e estupro; descontinuando a possibilidade de concurso material entre estupro e atentado

violento ao pudor (SANCHES, 2015).

A Lei nº 12.015, trouxe inovações na legislação no tocante aos crimes contra a dignidade sexual. Em 1940, o código penal criminalizava em separado os crimes de atentado violento ao pudor e estupro. A continuidade delitiva, disposta no artigo 71 CP.

Ocorre que com a alteração trazida pela Lei nº 12.015/2009, com a junção de ambas as condutas em um só tipo penal, o de Estupro, tal crime passou a ser caracterizado como um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, que é aquele que contém várias modalidades de conduta, qualquer uma delas suficiente per si para a caracterização da prática do crime (CAPISTRANO, 2021, p. 45).

Um assunto que da lei que chama atenção é sobre relações sexuais com uma menina menor de 14 anos , mesmo com consentimento é crime; o que se vê são meninas de 12, 13 anos, com relacionamentos amorosos e com atividades sexuais; a lei deveria então ser mais atuante em campanhas que despromovessem tal ato.

2.5.2 Meios de execução e bem jurídico tutelado

A liberdade, além de ser um dos bens jurídicos mais importantes da coletividade social, ao lado da própria vida e da saúde, é, certamente, um dos mais desrespeitados, além de ser frequentemente utilizado como meio para atentar contra outros bens jurídicos, como ocorre, por exemplo, em alguns crimes contra o patrimônio (roubo — art. 157; extorsão mediante sequestro — art. 159 etc.), contra a dignidade sexual (estupro, violação sexual, assédio sexual, estupro de vulnerável etc.), contra a administração da justiça (exercício arbitrário das próprias razões — arts. 345; arrebatamento de preso — art. 353; motim de presos — art. 354 etc.).

Nesses casos, junto com o bem jurídico; que é a liberdade ofendem-se também outros bens jurídicos que desempenham, no contexto, papel mais importante na ordem sociojurídica, recebendo a proteção penal mais em razão desses outros valores do que pela própria liberdade violada que, nesses tipos penais, desempenha papel secundário. Indiscutivelmente, em alguns crimes sexuais, como nos citados exemplos do estupro e da violação sexual, ao lado da liberdade individual, lesam-se outros bens jurídicos, e o ataque à liberdade é somente, um meio comissivo que se valora dentro de outro crime, configurando um delito

complexo, perdendo sua autonomia típica, embora não perca sua independência substancial como bem jurídico necessitado e capaz de receber a proteção que lhe dá o Direito Penal, tanto que, se por qualquer razão for afastada a adequação típica do crime sexual, pode restar, subsidiariamente, algum tipo penal contra a liberdade individual como tipificação residual.

Os tipos penais que têm como objetivo tutelar o bem jurídico- liberdade estão inseridos em capítulo específico do Título I da Parte Especial do Código Penal, que trata “Dos crimes contra a pessoa” (arts. 121 a 154). No entanto, dentro da liberdade geral. Na mesma linha de raciocínio, que a liberdade sexual, entendida como a faculdade individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercitá-la, constitui um bem jurídico autônomo, distinto da liberdade genérica, com dignidade para receber, autonomamente, a proteção penal. Reconhecemos a importância de existir um contexto valorativo de regras que discipline o comportamento sexual nas relações interpessoais, pois estabelecerá os parâmetros de postura e de liberdade de hábitos, como uma espécie de cultura comportamental, que reconhece a autonomia da vontade para deliberar sobre o exercício da liberdade sexual de cada um e de todos, livremente (GRECO, 2015).

Contudo, impõe que se destaque que não é essa dita “moral sexual” o bem jurídico tutelado pela norma penal, mas sim os específicos bens jurídicos identificados em cada tipo penal, sob pena de converter-se o Direito Penal em instrumento ideológico próprio da Inquisição. Na verdade, quando do exame, in concreto, dos específicos bens jurídicos de cada tipo penal dever-se-ão adotar como parâmetro exatamente os limites contextuais desse elemento normativo-cultural, situando no contexto de um Estado democrático de Direito, com a pluralidade que o caracteriza. Na verdade, esses conceitos prévios dominantes, em determinado contexto social, são considerados pelo legislador no momento legislativo, como também pelo próprio julgador, no momento de concretizar seus preceitos na hora de decidir.

Numerosas infrações a outros direitos legais, tais como os de defesa da propriedade (roubo, artigo 157; extorsão por sequestro, artigo 159, etc.), dignidade sexual (estupro, estupro sexual, assédio sexual, estupro de uma pessoa vulnerável etc.), e a execução da justiça são justificáveis como violações do direito à liberdade (art. 159).

Em circunstâncias análogas, outros direitos legais também são violados, alguns dos quais poderiam até ser mais importantes para a estrutura social atual do que a própria liberdade. É de igual certeza que o direito à liberdade sexual; que definimos como a capacidade de escolher o próprio parceiro sexual, bem como a hora, o lugar e a forma de ter relações sexuais, é um benefício legal distinto que merece o mesmo grau de proteção. Entendemos a importância das normas de conduta sexual nas interações interpessoais, pois elas especificam os limites da postura e da liberdade habitual. Como uma cultura comportamental, encorajamos a liberdade de cada pessoa na determinação do escopo de sua liberdade sexual. A moralidade sexual, é "o componente da ordem moral social que 'encerra' as expressões do desejo sexual das pessoas dentro de restrições específicas", e "esta estrutura avaliativa também pode ser referida como moralidade sexual (SANCHES, 2015).

É crucial enfatizar que o bem jurídico protegido pela norma penal não é a chamada "moral sexual", mas sim as muitas vantagens legais proporcionadas em cada categoria penal, a fim de evitar que a Lei Penal se transforme em uma arma ideológica semelhante à Inquisição. Na realidade, é necessário interpretar os limites deste traço normativo-cultural como um padrão para julgar os méritos legais únicos de cada tipo de crime, criando-o dentro da estrutura de um Estado de Direito democrático que se distingue por sua variedade. Na realidade, ao criar e executar a lei, legisladores e juízes levam em conta as crenças culturais existentes (SANCHES, 2015).

A relação entre liberdade sexual e expressão sexual dá à preservação da liberdade sexual seu próprio significado. Ele continua, "A liberdade sexual tem sua própria autonomia, e agressões violentas ou assustadoras são igualmente agressões à liberdade e devem ser tratadas como tal". Portanto, o uso de força física ou psicológica em crimes como estupro e violação de uma pessoa vulnerável viola a liberdade individual; entretanto, devido a seu impacto direto e particular na liberdade sexual, estes crimes se distinguem de outras ofensas mais gerais como restrição ilegal, ameaça etc., que são proibidos pelo princípio da especialização, por sua autonomia delincente. Crimes complicados como estes são definidos pelo uso da força ou compulsão para obrigar uma vítima a se envolver em atividade sexual contra sua vontade.

2.5.3 O caso concreto e entendimentos jurisprudenciais

Apesar dos consensos jurídicos e acadêmicos prevaletentes, um exemplo concreto do crime de violação de uma pessoa vulnerável; um excerto de um relatório do Correio Brasiliense de 11 de julho de 2018:

A Polícia Civil do Rio de Janeiro está a investigar mais duas alegadas violações cometidas pelo anestesista Dr. Giovanni Quintela Bezerra, que foi detido na segunda-feira (11/7) por ter violado uma senhora grávida durante uma cesariana.

O pessoal médico de permanência no domingo (10/7) ficou cético quanto ao comportamento do anestesista durante os outros dois partos desse dia, o que motivou o inquérito que Giovanni lançou. Foi o terceiro parto quando o médico foi capturado com uma câmara a violar a senhora grávida, e testemunhas testemunharam que o comportamento do médico era invulgar para uma cesariana. Giovanni foi preso por causa deste vídeo.

Nos outros dois partos no Hospital das Mulheres de São João de Meriti, na área metropolitana do Rio de Janeiro, as pacientes exibiram comportamentos invulgares, tais como sedação extrema, pedidos de remoção dos seus parceiros da sala de operações, o uso de uma cabana improvisada para isolar a mulher grávida do pescoço para cima e impedir a vista sobre o rosto da paciente, e uma ereção flagrante.

Violar alguém é usar força física ou uma ameaça credível para o coagir ou intimidar a envolver-se num comportamento sexualmente explícito. Por outras palavras, o interesse legal protegido é agora a liberdade sexual de homens e mulheres, que anteriormente era declarada nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

Se o pénis não tiver de ser totalmente inserido na vagina para que a violação por ato sexual carnal seja consumada, e se a ejaculação não for necessária para que o ato libidinoso seja completado, então a forma de consumação é mais expansiva, e um toque físico eficaz é tudo o que é necessário para gerar luxúria ou limitar efetivamente a vítima a expor-se sexualmente ao agente. Por conseguinte, é um crime que causa danos materiais (porque o consumo requer danos à propriedade protegida), é cometido por um único sujeito (como só uma pessoa o pode fazer), envolve muitas ações substantivas, e permite tentativas (GRECO, 2015).

Deve haver uma componente pessoal de voluntariedade. A oposição da vítima deve ser real e ativa, e não apenas simbólica, como na formulação de simples slogans de protesto ou no silêncio e imobilidade da vítima (RT 429/376). Exceto neste contexto, qualquer ação que cumpra a libido de outra pessoa por meio de violência ou perigo significativo é considerada um ato libidinoso. Podem-se pensar

em beijos lascivos do tipo moderno.

Uma violação preenche os critérios se causar danos físicos substanciais ou morte. A atual redação do Artigo 213 do Código Penal permite que a violação inclua atos de manipulação sexual e introdução de objetos do tipo descrito no Artigo 181 do Projecto de Código Penal. O Artigo 56, seção V do Projecto de Lei estabelece que tanto a violação completa como a tentativa de violação, assim como a violação de uma pessoa vulnerável, são ofensas graves. Esta seção contém um resumo da história legislativa enumerada na Lei nº 8.072/90. A violação, de fato, mostra o mais temível dos criminosos, mostrando o primitivismo e a selvageria dos violadores, como mostra Hélio Gomes (SANCHES, 2015).

Quanto à aprovação da Lei nº 12.015, o presumível estupro tinha sido abolido. medida que o conceito de uma relação carnal ou ato libidinoso cometido contra um jovem com menos de 14 anos de idade ganhava proeminência, o crime foi reclassificado como violação de indivíduos vulneráveis. A notícia relatou recentemente um caso em que um homem num autocarro So Paulo se masturbou e ejaculou no pescoço da vítima. Antes de 2009, a definição legal de violação baseava-se no conceito de relação carnal violenta, ou uma ligação sexual entre um homem e uma mulher que incluía violência física ou sexual. Cometer um ato de violência contra outra pessoa, ou para fins libidinosos, era vergonhoso. Em 2009, ambas estas ofensas começaram a ser referidas coletivamente como violação.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE. PALAVRA DA VÍTIMA. IDONEIDADE. PENA FIXADA EM 6 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CABÍVEL O REGIME INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A análise da alegação trazida no recurso especial, no sentido de que o Acusado deveria ser absolvido por insuficiência probatória, demandaria reexame aprofundado do acervo fático-probatório, providência descabida em recurso especial, nos termos da Súmula n.º 7 do STJ. 2. O depoimento da Vítima, em crimes dessa natureza, possui enorme relevância, ante as circunstâncias em que normalmente os crimes sexuais ocorrem, como por exemplo, às escondidas e longe de testemunhas. 3. Nos termos do art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º, do Código Penal, está correta a fixação do regime inicial semiaberto, tendo em vista a condenação do Agravante à pena de 6 (seis) anos de reclusão. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1374843/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL MAJORADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. PALAVRA DA VÍTIMA. CONSENTÂNEA COM OS DEMAIS ELEMENTOS.

ESPECIAL VALOR PROBANTE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PROCEDIMENTO INVIÁVEL NA PRESENTE VIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] II - In casu, as instâncias ordinárias, mediante exame amplo e aprofundado do acervo probatório coligido nos autos, entenderam comprovadas a materialidade e a autoria delitivas com amparo nos depoimentos prestados pela vítima e por demais testemunhas, os quais, harmônicos e coerentes entre si, confirmaram, tanto na fase inquisitorial como no curso da instrução processual, os fatos narrados pela vítima e deduzidos na exordial acusatória, atribuindo a autoria do delito ao ora impetrante-paciente. III - Cumpre notar que, conforme o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, nos crimes contra a dignidade sexual, em virtude das dificuldades relacionadas à obtenção de provas, nos quais, o mais das vezes, são praticados sem testemunhas e sem deixar vestígios físicos, a palavra da vítima, quando consentânea com os demais elementos dos autos, assume especial valor probante. Precedentes. IV - Desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias para concluir pela ausência de materialidade e/ou de autoria delitiva, ausente ilegalidade flagrante, exigiria profundo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. Habeas corpus não conhecido (HC 468.130/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12.2.2019, Dje 19.2.2019).

O consenso é que a violação cobre uma vasta gama de atos violentos. Forçar alguém a beijá-lo é uma agressão sexual. Segundo o Campo Grande News, que relatou o caso a 6 de julho de 2022, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) decidiu que o "toque lascivo" de uma menina de 9 anos constituía violação, apesar de o TJ-MS (Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul) ter primeiro decidido que se tratava de assédio sexual. Um único delito de violação pode ser definido como uma relação sexual carnal e ações libidinosas adicionais (tais como sexo oral ou anal) cometidas no mesmo contexto factual e contra a mesma vítima (e já não competição material).

O Superior Tribunal de Justiça considerou aceitável a alegação de violação de um jovem vulnerável, mesmo sem contato físico entre o agressor e a vítima, ao mesmo tempo que avalia o procedimento da rede de exploração de jovens, incluindo políticos e empresas de Mato Grosso do Sul (RHC 70.976 – MS, Dje de 10 de agosto de 2016).

A noção estabelecida pelo TJ de Mato Grosso do Sul foi mantida numa decisão majoritária pelo Quinto Painel do STJ. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estupro de vulnerável é um problema alarmante que afeta todos os países do mundo, mas é um assunto amplo que ainda precisa ser investigado. Toda criança pode ser vítima de abuso sexual, e os fisicamente e mentalmente incapazes, independentemente de gênero, origem física, situação socioeconômica, família e outros; assim como qualquer um pode ser o autor.

Embora em geral existam dados sobre a epidemiologia e as consequências da violência sexual, não é válido se ater a elas ou aos estereótipos que a população geralmente possui; deve-se sempre suspeitar para não perder os possíveis ataques que podem ser detectados e relatados ao longo de sua vida profissional ou social. O exposto é de vital importância, uma vez que as consequências derivadas do abuso sexual em menores devem ser trabalhadas; embora a manifestação destes seja multifatorial e sua gravidade dependa de vários aspectos, é essencial proporcionar a todos os melhores cuidados de acordo com suas necessidades, atendimento individualizado, para garantir um futuro melhor.

O abuso sexual na infância está associado a uma ampla gama de consequências adversas para os sobreviventes ao longo da vida. Até o momento, foram encontrados os vínculos mais fortes entre abuso sexual infantil e presença de depressão, abuso de álcool e substâncias, distúrbios alimentares para mulheres sobreviventes e distúrbios relacionados à ansiedade para homens sobreviventes. Um risco aumentado de revitimização de sobreviventes também foi demonstrado consistentemente para homens e mulheres sobreviventes.

Muitas perguntas ainda permanecem sem resposta. Por exemplo, é necessário entender melhor as experiências de meninos vítimas de abuso sexual infantil, particularmente no contexto de casos institucionais de abuso sexual infantil e o impacto de tais experiências nas principais áreas de funcionamento das vítimas.

As pesquisas futuras nessa área precisam continuar demonstrando as diferenças de gênero nas experiências das vítimas de abuso sexual infantil, o impacto no futuro funcionamento dos sobreviventes e seu ajuste em todas as esferas da vida. Esse entendimento ajudará na identificação, tratamento e prevenção de abuso sexual infantil. É importante ressaltar que esse conhecimento é essencial para que os sobreviventes de abuso sexual na infância possam divulgar suas experiências em um ambiente seguro e favorável e obter acesso a serviços

eficazes e o apoio necessário para lidar com essas experiências e todos os seus efeitos.

Infelizmente, o abuso sexual é uma realidade que as pessoas enfrentam desde a infância até a idade adulta, portanto, a importância de ensinar meninas e meninos o conhecimento, o respeito e o cuidado de seus corpos e de conscientizá-los para que se digam a si mesmos. "Meu corpo é meu território." é crucial. Não há nada melhor do que prevenção e, mais ainda, quando se trata de meninas e meninos, em um piscar de olhos, isso pode mudar suas vidas para sempre. Portanto, deve-se explicar a diferença entre uma expressão de afeto e uma carícia sexual.

Também é parte de nossa tarefa que os pequenos entendam que alguém, mesmo um membro da família, pode machucá-los ou fazê-los sentir-se mal para que ninguém possa tocar seu corpo ou acariciá-los que os fazem sentir desconfortáveis, mesmo que sejam pessoas próximas a eles e a eles. Especialmente eles aprendem a reconhecer que existem segredos que machucam e que não podem permanecer como segredos. Educar meninas e meninos no reconhecimento, no autocuidado e no respeito de seus corpos com linguagem e informações claras e simples, de acordo com a idade, é a melhor medida que os protegerá do abuso sexual.

O abuso sexual deve ser abordado de diferentes perspectivas. Finalmente, é necessário mais estudo sobre a prevalência desse tipo de violência, a fim de direcionar medidas preventivas de maneira mais eficaz e estudar em profundidade quais delas trarão maiores benefícios para toda a sua população. O abuso sexual é um problema que diz respeito a todos nós e, portanto, devemos poder contribuir para combater esse tipo de abuso.

REFERÊNCIAS

AMARO, Sarita. **Crianças vítimas de violência: das sombras do sofrimento à genealogia da resistência: uma nova teoria científica.** Porto Alegre: Editora AGE Ltda, 2003.

AZEVEDO, Adriano Barcelos de. **O direito real de superfície e o seu reingresso no ordenamento jurídico brasileiro.** 2016. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: setembro de 2023.

BARON, Erica. **Transtornos de conduta precedido de abuso sexual intrafamiliar: uma revisão sobre os aspectos relevantes à avaliação psicológica.** Rio Grande do Sul: UFRGS, 2012. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/49118>.

BEZERRA, Márcia Mônica Souza; BELTRÃO, Kelma. **Abuso sexual infantil-criança x abuso sexual.** Trabalho Apresentado no Módulo de Metodologia Científica, curso de Pós-Graduação da Faculdade Metropolitana de Grande Recife, Brasil. Consultado a, v. 26, n. 06, p. 2016, 2006.

BORGES, Jeane Lessinger. **Abuso sexual infantil: consequências cognitivas e emocionais.** Rio Grande do Sul: UFRGS, 2007. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/10807>. Acesso em: setembro de 2023.

BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www. Ritmo de estudos. com. Br](http://www.Ritmo de estudos. com. Br). Acesso em: setembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Antigo CPC.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm. Acesso em: setembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.145, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: setembro de 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências.

CASTILHO, Ana Flávia de Andrade Nogueira; SANT'ANNA, Camila; ALONSO, Ricardo Pinha. A supressão dos direitos humanos dentro do maior manicômio do estado brasileiro. **REGRAD-Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM-ISSN 1984-7866**, v. 10, n. 01, p. 219-233, 2017.

COELHO, Fernanda Jacoboski; FRANZIN, Lucimara Cheles Da Silva. Violência doméstica infanto-juvenil: importância deste conhecimento pelo profissional da saúde. Paraná: **Revista Uningá Review**, v. 20, n. 2, 2014. Disponível em: <http://revista.uninga.br/index.php/uningareviews/article/view/1579>. Acesso em: setembro de 2023.

COSTA, Bruno Nogueira da Silva. **Sexualidade e violência em famílias de adolescentes que cometeram ofensa sexual**. Brasília: UNB, 2012. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/11600>. Acesso em: setembro de 2023.

CRUZ, Sebastiao Carlos Velasco E. **Contracorrente; Ensaios De Teoria, Análise E Critica Política**. São Paulo: Editora UNESP, 2020.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Lei nº 8069/90**. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2001.

DE MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. Ed. Atlas, 2005.

FONTE, Rebecca Feitosa da. **Os reflexos da infância na vida adulta: uma revisão de literatura**. São Paulo:UNESP, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/156604>. Acesso em: setembro de 2023.

GABEL, Marceline. **Crianças vítimas de abuso sexual**. São Paulo: Grupo Editorial Summus, 1997.

GRECO, Rogério Greco. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. Volume III, 12 Edição, Editora Impetus, 2015-p.586- 541.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil 2 Obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MAIA,Ari Fernando; GRADELLA, Osvaldo. **A educação em direitos humanos**

como suporte às políticas antimanicomiais: história e memória. Trabalho, Educação e Saúde, v. 19, 2020.

MARRA, Marlene Magnabosco. **Conversas criativas e abuso sexual: Uma proposta para o atendimento psicossocial.** São Paulo: Editora Agora, 2016.

MEURER, Dirte Souto *et al.* **Os condicionamentos sociais potencializadores do risco de reiteração da violência sexual contra crianças e adolescentes.** Santa Catarina: UFSC, 2006.

MONTEIRO, Simone. **Qual prevenção? Aids, sexualidade e gênero em uma favela carioca.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito.** 33^a ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOTA, Mauricio; DE AZEVEDO TORRES, Marcos Alcino. A função social da posse no Código Civil. São Paulo: **Revista de Direito da Cidade**, v. 5, n. 1, p. 249-324, 2013.

NOVAIS, Marina Rodrigues; DE SOUZA BRITTO, Ilma A. Goulart. **Comportamentos-problema de uma criança vítima de abuso sexual.** São Paulo: USP-Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva, v. 15, n. 1, p. 4-19, 2013. Disponível em: <http://www.usp.br/rbtcc/index.php/RBTCC/article/view/563>. Acesso em: setembro de 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; KRUG, Etienne G. **Relatório mundial sobre violência e saúde.** Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002.

PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila Pizzato. Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência. São Paulo: **Jornal de pediatria**, v. 81, n. 5, p. s197-s204, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0021-75572005000700010&script=sci_arttext. Acesso em: setembro de 2023.

PLATT, Vanessa Borges *et al.* Violência sexual contra crianças: autores, vítimas e consequências. São Paulo: **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 23, p. 1019-1031, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csc/2018.v23n4/1019-1031/>. Acesso em: setembro de 2023.

RÊGO, Cleine de Freitas Britto. **Relação entre abuso sexual e físico na infância e uso de substâncias na adolescência**: uma breve revisão. Brasília: UNB, 2015. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/11276>. Acesso em: setembro de 2023.

ROSA, Hartmut. **Aceleração**: a transformação das estruturas temporais na Modernidade. Editora UNESP, 2020.

SAID, Amanda Pinheiro. **Abuso sexual de vítimas do sexo masculino**: notificações e prontuários no Distrito Federal. Brasília: UNB, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24561>. Acesso em: setembro de 2023.

SANCHES, Rogério Sanches Cunha. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2015- p.473

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, p. 55, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado-Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Fórum de DIREITO CIVIL-RFDC**, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito**, n. 17, 2001.

SCHAEFER, João José Ramos. **Usucapião**: Conceito, Requisitos e Espécies. Santa Catarina: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: < tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/.../usucapiao_joao_jose_schaefer.pdf>. Acesso em: setembro de 2023.

SENE-COSTA, ELISABETH. **Universo da depressão**. São Paulo: Editora Agora, 2006.

SOUZA, Dilson Santiago de *et al.* Exercício dos direitos humanos de pessoas institucionalizadas: percepção de profissionais de hospital psiquiátrico. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 73, 2020.

SPAZIANI, Raquel Baptista. **Violência sexual infantil**: compreensão de professoras sobre conceito e prevenção. Dissertação de Mestrado. São Paulo: UNESP, 2013.

Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/97497>. Acesso em: setembro de 2023.

TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. **Democracia, descentralização e desenvolvimento**: Brasil & Espanha. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

VALCAREGGI, Mardjoli Adorian. A Lei nº 6.683/1979 e a invalidade jurídica da autoanistia frente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e ao Direito Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. **Direito & Justiça**, v. 37, n.

VIEIRA, Ana Carla. **Sexualidade e Transtorno do Espectro Autista**: relatos de familiares. Dissertação de Mestrado. São Paulo: UNESP, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/143824>. Acesso em: setembro de 2023.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude**. Porto Alegre: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, 2011.