

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CAMPUS DE IMPERATRIZ
CURSO DE DIREITO

MÁGILA MARTINS FURTADO

ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
análise sobre a presunção de vulnerabilidade da vítima e a possibilidade de sua
relativização

Imperatriz,
2018

MÁGILA MARTINS FURTADO

**ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
análise sobre a presunção de vulnerabilidade da vítima e a possibilidade de sua
relativização**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao
Curso de Direito da Universidade Federal do
Maranhão, campus de Imperatriz, para obtenção
do título de bacharel em direito.

Orientador: Professor Me. Denisson Gonçalves
Chaves

Imperatriz,
2018

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Furtado, Mágila Martins.

Ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável : análise sobre a presunção de vulnerabilidade da vítima e a possibilidade de sua relativização / Mágila Martins Furtado. - 2018.

56 f.

Orientador(a): Denisson Gonçalves Chaves.

Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2018.

1. Ato infracional. 2. Estupro de vulnerável. 3. Exceção de Romeu e Julieta. 4. Lacuna jurídica. 5. Vulnerabilidade. I. Chaves, Denisson Gonçalves. II.

MÁGILA MARTINS FURTADO

ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: análise sobre a presunção de vulnerabilidade da vítima e a possibilidade de sua relativização

Monografia de conclusão de curso apresentada ao
Curso de Direito da Universidade Federal do
Maranhão, campus de Imperatriz, para obtenção
do título de bacharel em direito.

Aprovada em: 19/02/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Denisson Gonçalves Chaves, da Universidade Federal do Maranhão.

Julgamento: aprovada

Assinatura:

Prof. Me. Felipe Freitas Zenkner, da Universidade Federal do Maranhão.

Julgamento: aprovada

Assinatura:

Prof. Esp. Gabriel Araújo Leite, da Universidade Federal do Maranhão.

Julgamento: aprovada

Assinatura:

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus por permitir que tudo isto fosse possível e por me guiar nesta árdua jornada.

Aos meus pais, pelo apoio, pela dedicação e por acreditarem no meu sucesso profissional.

Aos meus irmãos e cunhados, pelo companheirismo e por terem acreditado no meu potencial.

Aos meus amigos, por sempre estarem por perto e pelos bons momentos compartilhados.

Aos meus professores, que ao longo do curso me mostraram a importância do direito para a sociedade e despertaram, ainda mais, a minha paixão por esta ciência.

Ao professor Denisson, por ter aceitado o encargo de me orientar, pela paciência, pela dedicação e pela amizade.

Ciência penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-lo a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida.

Nelson Hungria

RESUMO

FURTADO, Mágila Martins. **ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: análise sobre a presunção de vulnerabilidade da vítima e a possibilidade de sua relativização**. Monografia (Graduação) — Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2018.

Em 07 de agosto de 2009 foi editada a lei n. 12.015, que dentre outras alterações, inseriu no código penal brasileiro o tipo intitulado “estupro de vulnerável”, passando a criminalizar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Acontece que mesmo a lei tratando a idade mínima para o consentimento como um parâmetro objetivo, os doutrinadores e a jurisprudência divergem sobre a natureza da vulnerabilidade da vítima, se esta seria absoluta ou relativa. Recentemente o Superior Tribunal de Justiça buscando pacificar a questão publicou a súmula 593, a qual veda qualquer possibilidade de relativização da vulnerabilidade. Diante disso, o presente trabalho visa analisar a adequabilidade dos entendimentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais a respeito da vulnerabilidade da vítima nos casos de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável quando o ato sexual for cometido entre adolescentes de forma consentida. Para tanto, utilizou-se o método qualitativo, tendo em vista que se trata de um estudo exploratório feito através de profunda pesquisa bibliográfica. Com o trabalho pôde-se constatar que há uma lacuna jurídica em relação ao ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável que exige dos operadores do direito uma análise específica dos casos envolvendo o relacionamento sexual consentido entre adolescentes, de modo que estes não tenham a sua descoberta sexual criminalizada. Como solução para a lacuna jurídica defende-se que seja adotada no Brasil uma cláusula semelhante à exceção de Romeu e Julieta, utilizada em alguns estados dos Estados Unidos da América para descriminalizar o relacionamento sexual entre adolescentes quando a idade entre eles for igual ou inferior a cinco anos.

Palavras-chave: estupro de vulnerável – ato infracional – vulnerabilidade – lacuna jurídica – exceção de Romeu e Julieta.

ABSTRACT

FURTADO, Mágila Martins. **INFRATIONAL ACT ANALOGUE TO THE CRIME OF RAPE OF VULNERABLE: analysis on the victim's presumption of vulnerability and the possibility of its relativization**. Monography (Undergraduate) - Course of Law, Federal University of Maranhão, Imperatriz, 2018.

On August 7, 2009, it was edited the law n. 12.015, which, among other changes, inserted in the Brazilian penal code the criminal offense entitled "rape of vulnerable", criminalizing the carnal conjunction or any other libidinous act with those who are less than 14 years. However, occurs that even the law treating the minimum age for consent as an objective parameter, the lecturers and jurisprudence diverge on the nature of the victim's vulnerability, whether it is absolute or relative. Recently, the Superior Court of Justice seeking to pacify the issue published the 593 summary statement, which prohibits any possibility of relativization of vulnerability. Therefore, the present work aims to analyze the adequacy of normative, doctrinal and jurisprudential understandings regarding the vulnerability of the victim, in the cases of an infraction act analogous to the crime of rape of vulnerable when the sexual when the sexual act is consented among adolescents. For this purpose, the qualitative method will be used, considering that this is an exploratory study done through a deep bibliographical research. With the work, it could be verified that there is a legal gap related to the infraction act analogous to the crime of rape of vulnerable, which requires of the operators of law a specific analysis about the relationship between adolescents so that they do not have their sexual discovery criminalized. As a solution to the legal gap, it is advocated that a similar clause should be adopted in Brazil that would be the Romeo and Juliet Law, used in some states of the United States of America to decriminalize the sexual relationship between adolescents when the age difference between them is less than five years.

Keywords: rape of vulnerable – infraction act – vulnerability – legal gap – Romeo and Juliet law.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPB	Código Penal Brasileiro
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FUNABEM	Fundação Nacional do Bem Estar do Menor
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
ONU	Organização das Nações Unidas
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	12
1.1 Ação nuclear	12
1.2 Bem jurídico protegido	13
1.3 Sujeito ativo e passivo	14
1.4 Consumação e tentativa	14
1.5 Elemento subjetivo.....	15
1.6 Modalidades qualificadoras.....	16
1.7 Causas de aumento de pena	17
1.8 Ação penal	18
1.9 Considerações acerca do tipo.....	19
1.9.1 Crime de estupro de vulnerável no rol de crimes hediondos..	19
1.9.2 Erro de tipo e erro de proibição.....	21
2 ANÁLISE SOBRE A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA	23
2.1 O revogado art. 224 e o advento da lei nº. 12.015/2009	23
2.2 Divergências doutrinárias sobre a presunção de vulnerabilidade da vítima.....	25
2.3 O entendimento dos tribunais e a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça.....	28
3 DA LACUNA JURÍDICA EM RELAÇÃO AO ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VITIMA	35
3.1 Considerações sobre o ato infracional.....	37
3.2 A doutrina da proteção integral.....	40
3.3 Direito a autodeterminação sexual	42
3.4 Exceção de Romeu e Julieta.....	46
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Em 7 de agosto de 2009 o código penal brasileiro – CPB sofreu uma grande reforma com o advento da Lei nº 12.015, dentre os artigos modificados estava o art. 224, o qual previa hipóteses em que o crime sexuais seriam presumidos. Contudo, a palavra presunção gerava muitas discussões sobre a sua natureza quando a vítima fosse menor de 14 anos, se esta seria absoluta ou relativa. Neste sentido, buscando pacificar a questão o legislador optou por criar o tipo autônomo intitulado de: estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A do código.

Tal alteração, para muitos, veio para pacificar a questão da vulnerabilidade da vítima, contudo, ainda hoje é possível ver entendimentos doutrinários e decisões judiciais contrárias a essa presunção absoluta. Ocorre que recentemente o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu na súmula 593, que deve ser desconsiderada qualquer análise subjetiva sobre o crime, diante disso, dificilmente ainda haverá decisões no sentido de considerar a vulnerabilidade da vítima como relativa.

O presente trabalho visa analisar os reflexos dessa súmula e dos demais entendimentos sobre a vulnerabilidade da vítima em relação ao ato sexual consentido praticado entre adolescentes, quando um deles ou ambos forem menores de 14 anos. Pois, considerando-se a vulnerabilidade como absoluta poderiam ambos os adolescentes ser punidos criminalmente. A partir disso, surge o seguinte questionamento:

É adequada a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima no ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável quando ambos os sujeitos forem adolescentes (maiores de 12 anos) e o ato sexual ocorra de forma consentida?

Diante disso, o trabalho tem como objetivo analisar a adequabilidade normativa, doutrinária e jurisprudencial a respeito da presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima nos crimes de estupro de vulnerável quando cometido por adolescentes de forma consentida.

O tema se mostra atual em razão da súmula recentemente editada pelo STJ, pois demonstra a necessidade de uma maior reflexão sobre o tema quando o

ato sexual ocorrer entre adolescentes com idades próximas de forma consentida, de modo que não haja a criminalização desmedida.

Utiliza-se neste trabalho o método qualitativo, tendo em vista que não há a consideração de dados estatísticos, tratando-se de um estudo exploratório feito através de profunda pesquisa bibliográfica, em que foram analisados aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, por meio de livros, julgados, revistas, jornais, monografias, teses, artigos de sites da internet e legislação vigente.

O trabalho divide-se em três capítulos. No primeiro capítulo faz-se uma breve consideração sobre o crime de estupro de vulnerável, demonstrando as condutas que são punidas pelo crime, bem como todos os demais aspectos que particularizam o tipo.

Após a conceituação do delito em estudo, no capítulo seguinte apresenta-se uma análise aprofundada sobre a presunção de vulnerabilidade da vítima, a partir das perspectivas normativas, doutrinárias e jurisprudenciais. Buscando assim delimitar o real alcance do tipo penal e expor os principais argumentos utilizados pelos defensores da presunção relativa e absoluta.

Por fim, o terceiro e último capítulo pretende analisar a vulnerabilidade da vítima quando o ato sexual é cometido de forma consentida entre adolescentes, e um deles ou os dois envolvidos sejam menores de 14 anos, considerando se o entendimento normativo, doutrinário e jurisprudencial é adequado para solucionar esses casos. Além disso, pretende-se identificar a lacuna jurídica em relação ao ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável e apresentar uma proposta para solucioná-la.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável está tipificado, atualmente, no art. 217-A do Código Penal Brasileiro, e dispõe que:

Estupro de vulnerável

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

O referido artigo foi inserido no CPB com a edição da lei nº. 12.015/2009 que teve como objetivo proteger crianças e adolescentes de abusos sexuais. É certo que no mundo globalizado os criminosos sexuais se valem de inúmeros artifícios para praticarem ato sexual com menores de idade. Neste contexto, o legislador adotou o critério etário para determinar a vulnerabilidade¹ desses indivíduos e assim evitar que eles fossem coagidos a ter relações sexuais, considerando-os incapazes até mesmo de consentirem com o ato.

Além do critério etário, o legislador também considerou como vulnerável aquele que possui alguma deficiência física ou mental que o impeça de ter o necessário discernimento para a prática do ato, e aquele que, por qualquer outra causa, não poder oferecer o consentimento válido, conforme redação acima transcrita.

1.1 Ação nuclear

¹ Vulnerável, segundo Capez (2012, pg. 103): é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc.

De acordo com a redação do art. 217-A, *caput*, subsume-se ao tipo a conduta de “ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos” (BRASIL, 1940).

Segundo Greco (2015, pg. 541) o núcleo ter induz ao entendimento de que a incidência no tipo não prescinde de violência ou grave ameaça. Fica claro que basta que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos, ainda que ocorra de forma consentida.

Ressalta-se que a lei desconsidera apenas o consentimento do menor de quatorze anos. Em relação aos demais sujeitos passivos é possível a alegação do consentimento, do grau de vulnerabilidade da vítima, dentre outros fatores que deixaremos de analisar em razão desses sujeitos não serem objeto do presente trabalho.

Dito isso, para melhor compreensão do tipo é necessário discorreremos a respeito do conceito de conjunção carnal e ato libidinoso.

Conjunção Carnal é a introdução do órgão peniano na cavidade vaginal da mulher, sendo irrelevante para a caracterização do crime se houve penetração completa ou parcial. Já o ato libidinoso, compreende as demais formas de realização do ato sexual, incluindo os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos (COUTO, 2015).

1.2 Bem jurídico protegido

O direito penal deve tratar das questões que são mais sensíveis à sociedade, por esse motivo ao criar novos tipos penais o legislador deve considerar se tal bem jurídico é digno da tutela penal.

No crime de estupro de vulnerável o doutrinador Rogério Greco (2015, pg. 546), aponta como bens jurídicos: a dignidade sexual, a liberdade e o desenvolvimento sexual.

Desse modo, a lei busca proteger o direito de liberdade das pessoas em escolher com quem desejam ter relações sexuais. Contudo, essa liberdade não é assegurada aos menores de quatorze anos.

Nesse sentido, leciona Cezar Roberto Bitencourt (2012, n.p.):

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade.

Aos menores de quatorze anos há a proteção do desenvolvimento sexual, que visa que a criança e o adolescente tenha alcançado certa maturidade antes de iniciar com as atividades sexuais, assim como objetiva evitar que haja coação psicológica dos mesmos para a prática o ato.

Por sua vez, a dignidade sexual é o bem jurídico mediato, pois, atingindo-se a liberdade sexual e violando o desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes, agride-se concomitantemente aquela (GRECO, 2015).

1.3 Sujeito ativo e passivo

No revogado art. 224 do código penal, somente a mulher poderia ser vítima do crime de estupro, conseqüentemente somente o crime praticado contra mulher menor de 14 anos resultava na presunção de violência. Com o advento da lei nº. 12.015/2009 qualquer pessoa pode praticar o crime de estupro de vulnerável.

Verifica-se que tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo do crime em comento, contra inclusive pessoas do mesmo sexo, com a ressalva de que em relação a estes, não é possível a subsunção no núcleo conjunção carnal, somente há a conduta libidinosa (GRECO, 2015).

O sujeito passivo, ao contrário do art. 224, também pode ser homem ou mulher que apresente a condição especial de vulnerabilidade, ou seja, a pessoa menor de quatorze anos, ou aquela que por doença mental ou enfermidade ou que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

Ademais, trata-se de crime comum em relação ao sujeito ativo e crime próprio com relação ao sujeito passivo, tendo em vista que a lei prevê condições especiais outrora mencionadas (GRECO, 2015).

1.4 Consumação e tentativa

Para que haja o crime é necessário que a conduta do agente seja externada no mundo exterior, além disso, alguns crimes exigem, ainda, para a efetiva consumação do crime, a ocorrência de um resultado naturalístico.

De acordo com o art. 14 do CPB, diz-se crime consumado: “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;” (BRASIL, 1940). Diante disso, verifica-se que nem todos os delitos possuem o mesmo instante consumativo.

No crime em análise, no que diz respeito à primeira parte constante do *caput* do art. 217-A: ter conjunção carnal; consuma-se no momento em que há a introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino no órgão genital feminino, independente do rompimento da membrana himenal (quando existente), ou da ejaculação (BITENCOURT, 2012).

Já em relação à segunda parte: praticar outro ato libidinoso; o crime consuma-se no momento da efetiva prática do ato (BITENCOURT, 2012).

A tentativa no delito de estupro de vulnerável é possível, tendo em vista tratar-se de um crime plurissubsistente, ou seja, há a possibilidade de fracionamento do *inter criminis* (GRECO, 2015). Assim, o crime mesmo que seja iniciado pode ser que não se consuma por circunstâncias alheias a vontade do agente.

1.5 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo necessário para o reconhecimento do delito de estupro de vulnerável é o dolo. Dessa forma, o agente deve ter o *animus* de praticar conjunção carnal com menor de quatorze anos.

Nesse sentido, Bitencourt (2012, n.p.) explica:

O agente deve ter *plena consciência*, no momento em que pratica a ação, daquilo que quer realizar — conjunção carnal ou outro ato libidinoso — bem como com quem deseja realizá-lo (alguém vulnerável). Assim, o agente deve ter não apenas *consciência* de que pratica uma relação sexual com alguém, mas também que o faz com *menor de quatorze anos* ou com alguém portador de deficiência mental e, além disso, deve ter *consciência* também das consequências de sua ação e dos *meios* que utiliza para executá-la.

O agente deve ter ciência de que pratica o ato com vulnerável ou pelo menos ter o potencial de saber que a vítima era menor de 14 anos pela observância de suas características físicas, se perceptíveis por qualquer homem médio. Caso

contrário, poderá haver o erro de tipo ou mesmo o erro de proibição, temas que serão abordados em seção própria.

Bitencourt (2012) acrescenta, ainda, que além do dolo é necessária a existência do elemento subjetivo especial do injusto, o qual ele denomina de crime de tendência. Pode-se dizer que o crime exige o especial fim de possuir sexualmente a vítima, sabendo-se de sua condição de vulnerável.

O autor, afirma que mesmo havendo o dolo é possível não haver o elemento subjetivo, pois, o especial fim de agir que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato de forma independente do dolo.

Desta forma, percebe-se que para a configuração do tipo é necessária à consciência do autor sobre todas as elementares do delito, pois, do contrário não responderá pelo crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do CPB.

1.6 Modalidades qualificadoras

Os resultados provenientes da conduta de ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com menor de quatorze anos podem agravar a pena do autor de acordo com a sua gravidade. Senão, vejamos:

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Considera-se lesão corporal de natureza grave as condutas previstas no art. 129, §§1º e 2º do CPB².

A lesão corporal e a morte devem ser consequência da conduta do agente de praticar o estupro e somente podem ser imputados a ele a título de culpa, cuidando-se de um crime *preterdoloso* (GRECO, 2015), ou seja, a conduta dolosa foi

² Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto:

§ 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V – aborto. (BRASIL, 1940)

relativa ao estupro, mas em razão de negligência, imperícia ou imprudência foi alcançada resultado diverso do pretendido.

Verifica-se que as duas hipóteses elencadas no dispositivo em exame caracterizam condições de exasperação da punibilidade em decorrência da efetiva maior gravidade do resultado (BITENCOURT, 2012). Desse modo, há um aumento considerável na pena cominada ao delito.

1.7 Causas de aumento de pena

A todos os crimes previstos no título VI do código Penal, denominado crimes contra a dignidade sexual, há a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 226, inserida pela lei nº: 11.106, de 28 de março de 2005, segundo a qual se prevê um aumento de pena: da quarta parte, se o crime é cometido com concurso de duas ou mais pessoas; e da metade, se o agente for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela (BRASIL, 1940).

Em relação ao inciso primeiro, buscou-se punir com maior rigor a conduta de dois ou mais agentes que juntos pratiquem o estupro, tendo em vista o elevado grau de periculosidade resultante da soma das condutas que diminuem a possibilidade de defesa da vítima.

Quanto ao inciso segundo, visa à punição mais rigorosa daqueles comportamentos que atinjam crianças e adolescentes, vítimas, na grande maioria dos casos, de abusos sexuais praticados por pessoas próximas ao seu convívio social que se aproveitam de sua maior idade e da condição do vulnerável para assim satisfazer o seu libido doentio (SILVA, 2014).

Com o advento da lei nº. 12.016/2009 foram criadas mais duas causas de aumento de pena previstas no art. 234-A do CPB, quais sejam: de metade se o crime resulta gravidez; e de um sexto até a metade, se o agente transmite doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (BRASIL, 1940).

A gravidez na adolescência já é por si só uma situação difícil, pois provoca diversas modificações na vida da adolescente. Quando a gravidez é

resultado de uma violência sexual o impacto psicológico e social é ainda maior, por isso justifica-se o maior juízo de reprovação e a aplicação da majorante mais severa.

Do mesmo modo, merece uma punição mais severa àquele que sabia ou devesse saber de sua condição de portador de doença sexualmente transmissível, transmite-a para uma vítima em situação/estado de vulnerabilidade (GRECO, 2015).

1.8 Ação penal

Ação penal é o direito de se invocar a jurisdição estatal para que se investigue a procedência de uma violação de direitos e exigir a devida reparação. A ação será de natureza privada ou pública, sendo que esta última pode ser dividida em condicionada ou incondicionada a representação.

Anteriormente, o revogado art. 225 do Código Penal determinava que a ação penal para os delitos dos capítulos I e II, do título VI, seriam de natureza privada, ou seja, a ação somente seria iniciada mediante queixa da pessoa ofendida. Havia apenas duas exceções em que se admitia a ação penal pública, nos casos em que a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, sem privação de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; e se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (NUCCI, 2009).

A lei nº 12.016/2009 trouxe uma nova redação ao artigo e passou a considerar que os crimes previstos nos referidos capítulos seriam de natureza pública condicionada à representação, com a ressalva em relação aos crimes praticados contra pessoas menores de 18 anos ou vulneráveis, em que a ação teria a natureza de pública incondicionada à representação.

Para Cezar Roberto Bitencourt (2012, n.p.), a alteração foi um contrassenso:

O outro aspecto reside na contradição do ordenamento jurídico que, a pretexto de proteger um direito constitucionalmente tutelado – *a liberdade sexual do cidadão* –, restringe exatamente o *exercício dessa liberdade*, que era protegido pela natureza da ação penal de exclusiva iniciativa privada, pois reconhecia, nesses crimes, a prevalência do interesse individual em relação ao interesse público.

Isto porque, o título VI busca proteger a liberdade sexual do cidadão e ao retirar a titularidade da vítima poderia gerar a vitimização secundária³.

Por outro lado, Nucci (2009) defende que a alteração trouxe maior coerência na persecução dos crimes sexuais, evitando que essas condutas hediondas fiquem impunes. Ademais, ainda é assegurado o direito da vítima adulta de preservar a sua intimidade, vez que para isso basta não representar.

1.9 Considerações acerca do tipo

Para melhor compreensão do crime de estupro de vulnerável é importante esclarecermos alguns aspectos importantes acerca do caráter hediondo do delito, bem como considerações sobre situações que impedem a responsabilização do agente ou até mesmo a configuração do crime.

1.9.1 Crime de estupro de vulnerável no rol de crimes hediondos

Crimes hediondos são aqueles que violam os bens jurídicos erigidos pela lei como de maior valor e que por isso exigem uma maior reprimenda do Estado. Os crimes considerados como hediondos estão previstos no art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal e na lei nº. 8.072 de 25 de julho de 1990.

Dentre os crimes definidos como hediondos, está o crime de estupro de vulnerável na modalidade simples e nas formas qualificadas (BRASIL, 1990).

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: [...] VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); [...]

O legislador ao incluir o estupro de vulnerável no rol de crimes hediondos teve como objetivo dar maior punibilidade aos delitos sexuais praticados contra criança e adolescentes, e que geram repulsa popular em razão de sua repugnância.

³ Vitimização secundária, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas infanto juvenis novas vítimas, agora do estigma processual-investigatório; a violência do sistema pode dificultar (senão até inviabilizar) o processo de superação do trauma, provocando ainda uma sensação de frustração, impotência e desamparo com o sistema de controle social, aumentando o descrédito e a desconfiança nas instituições de justiça criminal (BITENCOURT, 2012, *apud* HAMON, 1997, pg. 183).

Também foi considerada como uma resposta aos crimes de pedofilia, que crescem a cada ano (CORRÊA, 2016 apud GUIMARÃES, 2011).

Como consequência da hediondez do crime, a lei veda a concessão da anistia, da graça, do indulto⁴ e da fiança⁵. Além disso, torna mais difícil a progressão de regime, enquanto os demais crimes a progressão ocorre após o cumprimento de um sexto da pena, nos crimes hediondos o condenado só progredirá após o cumprimento de dois quintos, se primário, e três quintos, se for reincidente (BRASIL, 1990).

Importante ressaltar as críticas do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt em relação aos excessos da lei, principalmente ao considerarmos que alguns crimes elencados na lei podem ser cometidos sem violência ou grave ameaça, conforme o autor exemplifica:

Por outro lado, desde 1940, a prática de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, contra a vontade da vítima, sempre foi interpretado como atentado violento ao pudor (art. 214 do CP), agora, uma das modalidades de estupro. Incluía-se nessa definição o beijo lascivo, os tradicionais “amassos”, simples toques nas regiões pudendas, apalpadelas, entre outros, o que a juventude moderna faz com frequência, especialmente nos carnavais. Mas seriam esses, afinal, os comportamentos a que a Lei dos Crimes Hediondos quer aplicar pena que varia entre seis e dez anos de reclusão? (2012, n.p.)

Ele defende que o julgador deve ter sensibilidade ao analisar essas condutas, pautando-se sempre pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade⁶ e da lesividade ao bem jurídico⁷.

Nesse sentido, podemos fazer a mesma indagação em relação aos atos sexuais praticados com menores de 14 anos de forma consentida. Seria justo aplicar

⁴ Segundo Sousa (2010) a anistia, a graça e o indulto são espécies de renúncia do poder de punir do Estado.

⁵ Nestor Távora (2014, pg. 802) conceitua a fiança como: “fato jurídico de caucionar obrigação alheia, importando, pois, em abonação ou responsabilidade”. No ramo penal, a fiança é utilizada como meio de evitar prisões processuais, trata-se de um direito subjetivo do beneficiário que atenda aos requisitos.

⁶ Embora os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não estejam escritos no ordenamento jurídico, eles devem ser observados independente disso, tendo em vista que pertencem a natureza e a essência do Estado de direito. Nesse sentido, Piske (2011) esclarece que o princípio da razoabilidade impõe a coerência do sistema jurídico, e deve ser usado na própria confecção da norma como critério de inteligência do direito e na aplicação com o fim de assegurar o perfil constitucional do Estado Social e democrático de direito. Já em relação ao princípio da proporcionalidade a autora acrescenta que se trata de um instrumento de apoio as decisões judiciais no caso concreto, através da qual se analisa a necessidade da medida.

⁷ Conforme observa Ferrajoli (2002, pg. 372) “a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal”.

uma pena tão alta sem se considerar os demais aspectos do caso concreto? Qual o bem jurídico efetivamente lesado nesses casos?

No terceiro capítulo analisaremos de forma mais aprofundada o referido questionamento.

1.9.2 Erro de tipo e erro de proibição

O erro de tipo ocorre quando há uma falsa percepção da realidade, o agente não tem consciência de que pratica uma infração penal. Segundo Cezar Bitencourt (2012, n.p.) erro de tipo é “o que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime”.

Se determinada pessoa vai para uma boate onde só é permitida a entrada de maiores de 18 anos e lá conhece uma pessoa e se relaciona sexualmente com ela, após lhe é revelado que na verdade se tratava de alguém menor de 14 anos. É possível que o agente responda pelo crime de estupro de vulnerável?

Nesse caso, o agente incorreu no erro de tipo, pois não tinha conhecimento da circunstância elementar do delito de estupro de vulnerável, qual seja a idade da vítima, desse modo, restou afastado o dolo que é a vontade livre e consciente de praticar a conduta incriminadora (GRECO, 2015). Contudo, em relação às consequências, é necessária a análise do caso para saber se o erro era vencível ou invencível.

De acordo com Greco (2015, pg. 303) erro de tipo invencível ocorre “quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrava, não tinha como evitá-lo, mesmo tomando todas as cautelas necessárias”. Trata-se de um erro que qualquer pessoa que estive na mesma circunstância também incorreria, nesse caso afasta-se tanto o dolo quanto a culpa.

Em sentido contrário, o erro vencível é aquele em o agente poderia ter evitado o resultado se tivesse agido com as diligências necessárias. Nessa situação, o agente não responderá a título de dolo, mas poderá incidir na modalidade culposa caso haja previsão legal.

Por outro lado, se o agente não tinha a potencial consciência da ilicitude do fato, estaria incorrer no erro de proibição, que está ligado ao conhecimento a respeito da ilicitude. Assim, a conduta do agente não afastará a tipicidade, pois se

tinha a intenção de realizar o ato, contudo, por haver o desconhecimento da lei afasta-se a culpabilidade do agente.

Cumpra esclarecer que não é o mero desconhecimento da lei que resulta na excludente, tendo em vista que o art. 3º da LINDB (BRASIL, 1942), prevê que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Trata-se da verificação das condições que o agente tinha de compreender que o fato praticado era ilícito (GRECO, 2015).

Em se tratando do crime de estupro de vulnerável, dificilmente poderia algum cidadão brasileiro alegar o erro de proibição, em razão do amplo conhecimento da população de que a prática de conjunção carnal ou atos libidinosos entre adultos e menores de quatorze anos configura crime.

2 ANÁLISE SOBRE A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

Ao analisar a criminalização de todo ato sexual praticado com menores de quatorze anos, se faz necessária à análise do conceito de vulnerabilidade pelas perspectivas da legislação penal, dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, com o fim de se compreender o real alcance do tipo em questão.

2.1 O revogado art. 224 e o advento da lei nº. 12.015/2009

O título IV do código penal de 1940 em sua redação original tratava dos crimes contra os costumes. Com a chegada do século XXI várias normas previstas no código de 40 começaram a ser questionadas pela doutrina e pela jurisprudência, em razão de não estarem mais em consonância com as mudanças de valores e costumes que ocorreram na sociedade.

A humanidade se desenvolveu de forma exponencial, notadamente em relação aos conceitos morais que envolvem a liberdade sexual. Diante disso, comportamentos antes criticados foram perdendo sua força e até mesmo abandonados.

Desta forma, sendo inegável a existência da influência moral no direito penal, em 7 de agosto de 2009 a legislação penal sofreu uma grande reforma com a aprovação da Lei nº 12.015. A nova lei revogou diversos dispositivos que não mais se justificavam em razão das mudanças sociais e adequou os já existentes.

Dentre os artigos que foram adaptados para essa nova realidade, tem-se o artigo 224 do CP, o qual previa em sua redação original a presunção de violência nos crimes cometidos contra: os menores de quatorze anos; os alienados ou débeis mentais, se o agente conhecia esta circunstância; e aquele que não pode, por qualquer outra causa oferecer resistência.

O *nomen juris* “presunção de violência” do referido artigo, fez com que surgisse na doutrina e na jurisprudência a discussão em relação à qualidade da presunção nos casos envolvendo o sujeito passivo menor de 14 anos, se está seria absoluta (*iuris et de iure*) ou relativa (*iuris tantum*)⁸.

⁸ (...) as presunções legais, sendo conclusões extraídas da própria lei, ou dispensam a produção de prova, como acontece com as presunções absolutas (*juris et de jure*) ou invertem o ônus da prova,

Isto porque o termo “presunção” não esclarecia sobre qual aspecto residia o fundamento para desconsiderar a capacidade dos menores de quatorze anos, se pela ausência de um consentimento externado ou pela falta de consentimento válido. Neste último caso, considerando-se o menor como mero objeto na relação sexual.

Buscando solucionar o problema o legislador editou o tipo penal autônomo intitulado “estupro de vulnerável”, suprimindo-se o termo “presunção”, mas permanecendo com o limite de idade em 14 anos. Desse modo, definiu-se o critério objetivo para aferir se o consentimento padeceria de vício de vontade, sendo assim, passariam a ser reconhecidos como vulneráveis e impedidos de vivenciar práticas sexuais (NUCCI, 2014).

Segundo Fábio Suardi D’Elia (2012, p.1) a figura do vulnerável surge para o Brasil, “com a ratificação da Convenção da Organização das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional, de dezembro de 2000, em Palermo na Itália, diploma também conhecido como Protocolo de Palermo”. Segundo o autor, ao instituir a figura do vulnerável, o legislador visou garantir maior proteção às pessoas que apresentam um grau reduzido de capacidade defensiva e são mais suscetíveis a serem prejudicadas nas relações em que se envolvem.

Ademais, o legislador obedeceu ao mandado constitucional, o qual prevê maior proteção às crianças e aos adolescentes.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Diante disso, é perceptível que a intenção do legislador foi de atribuir caráter absoluto a vulnerabilidade. É o que se entende pela exposição de motivos da lei 12.015/2009: “com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou

praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática”⁹.

Ocorre que mesmo após a nova tipificação, ainda se mantém a discussão doutrinária e jurisprudencial em relação à vulnerabilidade da vítima. Isso porque, a objetividade da lei é por vezes incompatível com a realidade social, ocasionando injustiças.

2.2 Divergências doutrinárias sobre a presunção de vulnerabilidade da vítima

A partir da análise da norma, restou clara a intenção do legislador de atribuir caráter absoluto a presunção de vulnerabilidade da vítima. Assim, qualquer ato sexual realizado com menores de 14 anos será considerado estupro não importando se houve consentimento, tampouco se havia um relacionamento amoroso conhecido e aceito pela família e pela sociedade.

A esse respeito, Rogério Greco (2015, p. 540) declara:

Hoje, com louvor, visando acabar de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor 14 (quatorze) anos.

Interessante afirmar que para o autor e para os demais defensores da mudança legislativa, o limite biológico é válido, tendo em vista que as crianças e os adolescentes ainda estão em idade de formação e em razão disso seus conceitos e opiniões ainda não estariam consolidados. Ademais, sustentam que a idade de quatorze anos foi determinada por questões de política criminal.

Desta forma, ao estabelecer a idade da vítima o legislador não deixou margens para que os julgadores entendessem de outra forma quando estivessem diante de um ato sexual praticado com menores (GRECO, 2015). Sobre a idade

⁹ Brasil. Legislação Informatizada - LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009 - Exposição de Motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em 03/01/2018.

escolhida, observa-se que o Brasil acompanha o estabelecido em outros países latino americanos, como Bolívia, Colômbia, Paraguai, Chile, entre outros¹⁰.

Com isso, a legislação buscou através da imposição da abstenção, evitar a precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes. Além de punir mais rigorosamente a atuação dos pedófilos que se utilizam de todos os meios para ludibriar as suas vítimas e satisfazer o seu libido doentio.

Todavia, ao contrário do esperado, a modificação legislativa não sepultou as discussões relativas à vulnerabilidade da vítima. Os doutrinadores contrários a absolutização do tipo sustentam diversos argumentos que justificam a análise dos aspectos subjetivos presentes em cada caso.

A primeira questão consiste na adequação do tipo a realidade social, sabe-se que o direito é formado a partir da conjugação do fato, do valor e da norma, de acordo com a teoria tridimensional de Miguel Reale (2002), desta forma, o direito não poderia se desassociar de sua referência social. Sendo a sexualidade um produto da concepção social, é necessária a sua devida análise para melhor interpretação da lei penal.

É certo que o comportamento sexual e como ele visto pela sociedade atualmente é bem diferente de como era tratado na década de 1940. Os adolescentes de hoje iniciam a sua vida sexual cada vez mais cedo, segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹¹ em 2015 aproximadamente 27,5% dos escolares brasileiros do 9º ano do ensino fundamental já haviam tido relação sexual ao menos uma vez.

A pesquisa mostrou, ainda, que a idade de iniciação depende do meio social em que os adolescentes estão inseridos. Dessa forma, tendo em vista as dimensões continentais do Brasil, seria equivocado impor critérios objetivos para aferir a capacidade dos adolescentes. Nesse sentido, Nucci leciona:

Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual?

¹⁰ Legal Minimum ages and the realization of adolescent's rights. Disponível em: <https://www.unicef.org/lac/2_20160308_UNICEF_LACRO_min_age_of_sexual_consent.pdf>. Acesso em: 16/11/2017.

¹¹ Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv97870.pdf>>. Acesso em: 05/01/2018.

Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade (NUCCI, 2009, pg. 37).

Conforme verificado, as condutas sexuais diferenciam-se segundo os costumes de cada lugar, e estes devem ser considerados na aplicação da lei. O indivíduo, de acordo com o próprio sentido da palavra, é um ser único que deve ser observado na sua indivisibilidade. Enquanto que o juiz tem o papel de fazer as “correlações do corpo do homem com o resto do mundo, mas deve descer com a indagação, na sua alma” (CARNELUTTI, 2013, p. 51).

Com efeito, Bitencourt também afirma a necessidade de se examinar “as condições pessoais de cada ofendida, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea” (2012, n.p.). Inclina-se, portanto, o autor na defesa da presunção relativa de vulnerabilidade.

Caso contrário, estaríamos diante de uma responsabilidade penal objetiva o que vai de encontro aos preceitos penais e constitucionais adotados pelo Brasil. Pois, adota-se no nosso país a responsabilidade subjetiva, a qual reside na análise do dolo e da culpa do agente para imputação de um crime (BARROS, 2010). Sendo, portanto, inadmissível a presunção de culpabilidade, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como da presunção de inocência.

Outra questão levantada pela doutrina contrária ao entendimento da presunção absoluta diz respeito à desconformidade entre a lei penal e o ordenamento jurídico. Mormente, às disposições do Estatuto da Criança e do adolescente – ECA e do Código Civil.

O art. 2º do ECA, dispõe que: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Percebe-se que legislação infanto juvenil já considera o adolescente capaz de responder pelos seus atos.

A partir de 12 anos, o indivíduo já é capaz de responder criminalmente pelas suas condutas infracionais. Além disso, a lei permite que viajem por todo o território nacional desacompanhados. Além de permitir diversos outros direitos, como a possibilidade de ser ouvido e ter sua palavra considerada.

Diante disso, pode-se dizer que a proteção conferida aos menores de quatorze anos prevista na legislação penal é bastante rígida. Para Nucci (2009) deveria haver a unificação dos diplomas, estendendo-se ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais.

Importante ressaltar que o referido autor defende a presunção relativa nos crimes de estupro de vulnerável em relação aos adolescentes, contudo, defende a presunção absoluta quando tratar-se de ato sexual com crianças. Também se coaduna a essa corrente o doutrinador Luiz Flávio Gomes (2012), para ele, se o ECA considera os menores de 12 incapazes, então não seria plausível exigir deles um consentimento válido.

Já no código civil, a previsão do art. 1520 pode ocasionar situações delicadas para o julgador. Em que pese à idade núbil seja de 16 anos, o referido artigo dispõe que em situações excepcionais, como no caso de gravidez, seria possível o casamento antes da idade prevista. Ocorre que se a grávida ou o pai da criança forem menores de 14 anos, é possível que seus cônjuges, caso forem maiores de idade, sejam presos pelo delito em análise (BARROS, 2010).

Diante do exposto, é possível constatar que as divergências doutrinárias ainda persistem. Contudo, pela análise feita, pode-se afirmar que a maioria dos doutrinadores leciona em defesa da presunção relativa nos crimes de estupro de vulnerável.

É certo que a iniciação sexual precoce é algo moralmente reprovado por todos e deve ser evitado, todavia, a criminalização não se mostra como meio adequado para todos os casos.

2.3 O entendimento dos tribunais e a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça

O debate acerca da natureza jurídica da vulnerabilidade prevista no crime de estupro de vulnerável também se estendeu ao âmbito dos tribunais. São inúmeros os julgados sobre o tema, partiremos então da análise dos principais julgados dos tribunais superiores, o Supremo Tribunal Federal – STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Ainda na vigência do revogado art. 224, houve um julgamento paradigma no STF, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio. Tratava-se de habeas corpus 73.662-

MG, da 2ª Turma, impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual o relator posicionou-se no sentido da presunção relativa da vulnerabilidade, utilizando-se dos seguintes argumentos no seu voto:

A presunção de violência prevista no art.224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação dos costumes havida de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.[...] Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. [...] Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não? Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a – cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada p tecnológica, social e espiritual. [...] A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridade do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo, relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público.

O Ministro baseou seu voto no fato da lei penal não estar mais em harmonia com a nova sociedade. Segundo apontado por ele o código penal estaria ultrapassado em algumas de suas passagens, e caberia ao interprete a missão de adequar os preceitos legais ao caso concreto.

Acompanhando o voto do relator, mas fundamentando-se em outros argumentos, como os riscos decorrentes da mera aplicação da lei sem a análise do caso concreto, o Min. Francisco Rezek, assim declarou:

Com vistas dos autos, observei que estamos diante de uma situação clara quanto aos fatos. Sobre esses fatos firmou-se uma tese jurídica, e quer-se saber se o Supremo Tribunal a abano ou rejeita. A tese é a de que,

ocorrendo o crime contra os costumes, contado a vítima idade inferior a 14 anos (e o réu, naturalmente, idade superior a 18 anos), o estupro, que a ordem jurídica brasileira contemporânea denomina crime hediondo, é uma conclusão judiciária inevitável. A questão é saber se a presunção de violência, nesse caso, é inafastável, e se, portanto, os operadores do direito envolvidos num processo dessa índole estão dispensados a refletir: considerada apenas a idade das partes e a ocorrência do relacionamento sexual, proclamariam sumariamente a ocorrência de estupro.[...] A questão é saber se, numa hipótese de sexo consentido, a idade inferior a 14 anos que a mulher ostenta (sem embargo do seu aspecto físico, que fazia supor algo diferente, e das suas circunstâncias) obriga a entender absoluta a presunção do art. 224 do Código Penal, e leva, inexoravelmente, à condenação por estupro. Penso que isso não é justo.[...] O que me leva, embora muito, consternado, a acompanhar o voto Ministro relator, concedendo a ordem de Habea corpus, é a convicção de que não concedê-la significa proferir, no Supremo Tribunal Federal, uma tese jurídica de extremo risco: a de que a maquina judiciária está dispensada de raciocinar quando a pura e simples consideração da idade das partes transforma o sexo consentido em estupro (grifo nosso). Proclamássemos essa tese e o resultado seria, eventualmente, classificar como crime hediondo aquela situação em que uma jovem às vésperas de completar 14 anos, mas com pleno desenvolvimento físico e vida sexualmente precoce, decidir iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja a timidez de algum modo a comove. Essa situação não tão rara, seria entretanto, pelos defeitos da nossa ordem jurídica, classificada como estupro, vítima a moça, criminoso hediondo, o rapaz.

O *writ* foi concedido e o paciente foi absolvido, contudo, a decisão não foi unânime, dentre os votos contrários, insta destacar o argumento utilizado nos votos do Ministro Presidente Neri da Silveira e do Ministro Carlos Velloso, respectivamente:

Tal interpretação, “data vênia”, - além de negar o texto da lei, sai finalidade que é a proteção ao menor de quatorze anos, - não contribuiria, de outra parte, para a solução do gravíssimo problema da infância e da adolescência de nosso tempo, a qual não se restringe a mero amparo material a legiões de meninos e meninas que perambulam pelas ruas de nossas cidades, mas simultaneamente, exige, dos poderes públicos e das instituições privadas, a assistência mora e espiritual, em ordem a que possam participar dos valores da cidadania e se integrar nos caminhos da dignidade humana.

O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito. É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta de seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as consequências do ato.

Percebe-se que a discussão feita em 1996 é contemporânea aos argumentos que ainda hoje são sustentados pelos operadores do direito para justificar tanto a natureza relativa quanto à presunção absoluta do art. 217-A. Ademais, a decisão foi de extrema importância, pois representou uma mudança no entendimento da Corte que até então se posicionava pela objetividade do tipo.

Em que pese à decisão adotada pela sua 2ª turma, o STF ao retomar ao tema posicionou-se no sentido de que o consentimento do menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência pra fins de caracterização do estupro.

Nesse sentido, seguiram os posteriores julgamentos da corte: HC 76.246-MG, rel. Carlos Velloso, j. 13. 02.1998; RHC 79.788-MG, Rel. Jobim, j. 02.05.2000; HC 81.268-DF, rel. Pertence, j. 16.10.2001; HC 93.263-RS, rel. Cármen Lúcia, j. 19.02.2008; HC 94.818-MG, rel. Ellen, j. 24.06.2008.

Após o advento da lei nº. 12.015/2009, a suprema corte considerou pacificada a questão, tendo em vista a eliminação do artigo referente à presunção de violência. Conforme declara o Min. Eros Grau:

“A violência presumida foi eliminada pela Lei n. 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” (HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-3-2010, Segunda Turma, DJE de 30-4-2010).

No Superior Tribunal de Justiça não foi diferente, as duas turmas competentes para julgar ações penais divergiam de posicionamento. Enquanto a sexta turma inovava pela presunção relativa, a quinta turma continuava a se posicionar pelo caráter absoluto. Contudo, mesmo entre os membros da própria turma não havia consenso, conforme se confirma pelo acórdão proferido pela colenda da quinta turma:

PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 10.215/09. VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta. 2. No caso, a experiência sexual da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime. 3. **Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa.** 4. Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação”. (REsp 1021634/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 04/10/2010).

O dissídio durou até 2012 quando a 3ª seção do tribunal julgou o embargo de divergência em Recurso especial nº 1.021.634 – SP, sob a relatoria da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, no qual entenderam que a idade de 14 anos estabelecida no art. 224 do Código Penal deveria ser interpretada de forma relativizada. No seu voto a relatora fundamentou-se nos seguintes argumentos:

(...) Conquanto todas as preocupações encaminhem o magistrado a buscar a proteção do ente mais desfavorecido, não se pode, por outro lado, cerrar os olhos para situações especiais da vida humana que, de certo modo, dificultam o enquadramento típico no caso concreto. Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado.(...)

Destaque-se que o Direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais.

Dessarte, entendo que a decisão proferida pelo Tribunal *a quo* deve ser mantida, haja vista ter levado em consideração as peculiaridades do caso concreto, às quais os julgados desta Corte têm dado relevante atenção para fins de se configurar a presunção de violência. Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado, *in casu*, a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam há algum tempo. Dessa forma, considero que a presunção de violência prevista no revogado artigo 224, alínea "a", do Código Penal, deve ser considerada de natureza relativa (...)

O voto da relatora foi acompanhado pelos Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze, Vasco Della Giustina e Adilson Vieira Macabu. Votaram contra os Ministros, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior. Entre os argumentos contrários, em voto-vista o Ministro Gilson Dipp, ressaltou, inicialmente, a orientação pacífica do STF e por fim, declarou:

O segundo argumento, mas não menos importante, está em que, a prevalecer o entendimento exposto no voto da Ministra Relatora (...) - o Tribunal termina por converter injustamente a vítima do estupro em verdadeira ré, julgando-lhe a conduta e reprovando-a, costumadamente e sem qualquer defesa e com enormes efeitos jurídicos negativos, as atitudes, vícios, mazelas ou defeitos, como se fosse ela, a vítima, sujeita ao juízo de condenação em lugar do réu. Até porque, por justiça, quando os votos que reconhecem o desvalor do comportamento invariavelmente ressalvam e lamentam o consentimento e a experiência precoce das vítimas, antes da pecha de corrompidas ou de 'fazerem programas em troca de dinheiro..' como referiu o acórdão de segundo grau para justificar a atipicidade, deveriam garantir-lhes a dignidade e a oportunidade de manifestação, por si e defensor qualificado tanto como a avaliação médica de seu desenvolvimento psicoemocional, em respeito mínimo ao devido processo legal a que tem direito constitucional. Do contrário, saem do processo, como no caso, com a reputação definitivamente destruída. Não é por outra razão

que a regra do art. 224, 'a' do CP era vista como uma norma cujo conteúdo estabelece antes de tudo um dever geral de abstenção (HC 73.662 voto vencido Néri) a dizer que não devem e não podem os adultos aproveitarem-se da menoridade das vítimas para exercício de seus propósitos sexuais. Nesse sentido, a lei penal, seguindo o mandado expresso de criminalização prescrito na Constituição no art. 227, §4º, deve ser interpretada como absoluto rigor de modo a lograr a mais completa efetividade desse valor constitucional.

Apesar das alegações do ministro, o réu foi inocentado por cinco votos a três. A decisão repercutiu negativamente entre a população e a mídia nacional, gerando críticas por parte da secretaria de Direitos Humanos da Presidência e da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência Contra a Mulher¹².

Após a repercussão negativa, o tribunal enfrentou novamente o tema em abril de 2014, no Recurso Especial n. 1.152.864/SC, da relatoria da Ministra Laurita Vaz, no qual adotou um novo posicionamento no sentido de que a conduta prevista no art. 224 do CPB, tratava-se de presunção absoluta. Desde então o tribunal manteve a posição em suas decisões.

Todavia, em que pese o posicionamento pacífico dos tribunais superiores, os tribunais estaduais continuavam a proferir decisões antagônicas, o que resultava na propositura de diversos recursos para o tribunal de apelação – STJ. Diante disso, em 2015 o tribunal sob o rito dos recursos repetitivos, julgou com uma só decisão diversos casos ocorridos posteriormente à lei 12.015/2009, e firmou a seguinte tese:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime". (RECURSO ESPECIAL Nº 1.480.881 - PI (2014/0207538-0)

Segundo o relator do recurso, o ministro Rogerio Schietti Cruz, a alteração da legislação “não permite mais nenhuma dúvida quanto à irrelevância de eventual consentimento da vítima, de sua experiência sexual anterior ou da existência de relacionamento amoroso com o agente”. Pode-se afirmar que não caberá ao juiz à indagação sobre as condições da vítima, pois o legislador impôs a idade limite de 14 anos, sem relacioná-la a qualquer outro fator.

¹² G1. Decisão sobre estupro de menor 'não institucionaliza prostituição', diz STJ. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/decisao-sobre-estupro-de-menor-nao-institucionaliza-prostituicao-diz-stj.html>>. Acesso: 09/01/2018.

A tese firmada no referido julgamento serviu como base para a súmula 593 do STJ:

Súmula 593 - O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017).

A súmula veio para pacificar de vez as divergências relacionadas ao crime de estupro de vulnerável. Isto porque as súmulas são o resultado da jurisprudência dominante nos tribunais superiores e servem para proporcionar maior estabilidade jurídica e simplificar o julgamento das questões que são mais submetidas ao Judiciário (STRECK *apud* PINHEIRO, 2007).

Embora as súmulas aprovadas pelo STJ não possuam força vinculante, o sistema judiciário brasileiro confere cada vez mais importância para a jurisprudência. Desta forma, dificilmente ainda haverá controvérsia nos tribunais estaduais sobre a presunção de vulnerabilidade da vítima.

3 DA LACUNA JURÍDICA EM RELAÇÃO AO ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VITIMA

Como visto o art. 217-A do código penal criminaliza todo ato sexual praticado com menores de quatorze anos. Segundo o entendimento minoritário da doutrina e do posicionamento pacífico da jurisprudência, trata-se de tipo objetivo, sendo irrelevante se houve violência ou o consentimento da vítima para a prática do ato.

Nesse sentido, questiona-se, ***e se o ato sexual ocorresse entre adolescentes em idade próxima, dentro de um relacionamento amoroso reconhecido pelos pais, ainda assim, a conduta deveria ser criminalizada? E se for entre dois adolescentes menores de quatorze anos, ambos serão punidos?***

Sendo o tipo penal de natureza absoluta, a resposta só pode ser positiva, vez que não se admite a análise das particularidades do caso concreto. Assim, aplicando-se literalmente o ECA, os adolescentes responderiam por ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

Pela análise feita sobre a vulnerabilidade da vítima percebe-se que os julgadores e os doutrinadores ao defenderem a presunção absoluta analisaram o tema a partir da perspectiva da violação sexual de crianças e adolescentes por adultos. Entretanto, poucos são os debates relativos ao ato sexual praticado entre adolescentes de forma consentida.

Nesse sentido, Aleixo (2010, *apud* NUCCI, 2014) defende que a aplicação do dispositivo penal refuta maior reflexão quando aplicado contra atos de adolescentes, em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento, sob pena de criminalizar a natural experiência sexual, proibindo a autodeterminação dos menores de 14 anos.

Inicialmente, é necessário reconhecer que há diferença entre o ato sexual realizado de forma consentida entre adolescentes e o sexo entre estes e o adulto. Viu-se que o legislador instituiu a figura do vulnerável para pacificar a dicotomia entre a presunção prevista no revogado art. 224 do CPB. Contudo, como demonstrado a doutrina e a jurisprudência nunca se afinaram, unicamente em um posicionamento.

Sendo que agora a discussão permanecia sobre a figura da vulnerabilidade (NUCCI, 2009). Sobre isso, Budó (2015, p. 1052) declara que:

A vulnerabilidade não existe ontologicamente, ela existe em relação a algo. Crianças e adolescentes podem ser vulneráveis, por exemplo, aos adultos, ou mesmo ao sistema de controle penal.

Diante do disso, defende-se que a vulnerabilidade prevista pelo legislador no tipo penal em estudo refere-se à relação destes com os adultos. É o que se infere dos fundamentos utilizados para defender a presunção absoluta.

Greco (2015), por exemplo, pontua que o tipo penal objetivo se justifica em razão do mundo globalizado está cada vez mais sujeito a atuação de pedófilos que se valem de inúmeros artifícios para seduzir suas vítimas. Nesse mesmo sentido, consistem os fundamentos utilizados pelos juízes na defesa da reprimenda penal de natureza objetiva, senão vejamos:

Não é por outra razão que a regra do art. 224, 'a' do CP era vista como uma norma cujo conteúdo estabelece antes de tudo um dever geral de abstenção (HC 73.662 voto vencido Néri) a dizer que não devem e não podem os adultos aproveitarem-se da menoridade das vítimas para exercício de seus propósitos sexuais (Recurso especial nº 1.021.634 – SP, voto: Min. Dilson Dipp, Dje: 27/06/2014).

O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais (Recurso Especial n. 1.480.881/PI, Rel. Rogério Schietti Cruz, Dje: 10/09/2015).

Portanto, o parâmetro da vulnerabilidade não pode ser aplicado em todos os casos, tendo em vista que só irá existir em relação a algo ou alguém, e no caso previsto em lei, considera-se o menor de quatorze anos vulnerável ao adulto. Diante disso, nas relações sexuais envolvendo adolescentes não há que se falar em vulnerabilidade quando o ato ocorrer de forma consentida.

Isto porque os jovens estão, muitas vezes, em situação de proximidade de grau de desenvolvimento físico, emocional e psíquico, que exige dos operadores do direito uma maior habilidade na condução do caso (SARAIVA, 2009). Ademais, a desconsideração destes aspectos pode ocasionar a criminalização do ato sexual entre adolescentes e causar danos irreversíveis na vida daquele que estará sujeito ao sistema penal juvenil.

Diante do exposto, verifica-se a necessidade de uma análise específica pelos legisladores, doutrinadores e julgadores em relação aos casos envolvendo adolescentes. Entende-se que não seria justa a utilização de uma mesma regra para adultos e adolescentes, sem que ao menos pudessem ser analisadas as particularidades relativas a estes últimos, as quais serão analisadas nos próximos tópicos.

3.1 Considerações sobre o ato infracional

Segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (BRASIL, 1990). Portanto, ato infracional é toda ação violadora dos tipos penais quando praticada por menores de dezoito anos.

Segundo Sposato (2013) adotou-se no Brasil a tipificação delegada, a qual consiste na aplicação dos mesmos tipos penais de adultos para definir as infrações do sistema de justiça juvenil. Desta forma, para configuração do ato infracional são necessários os mesmos requisitos do crime, ou seja, o ato deve ser típico, antijurídico e culpável.

Todavia, considerando o estado peculiar das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento, o legislador optou pela impossibilidade deles praticarem crimes, definindo-os como penalmente inimputáveis. A respeito disso, esclarece Barros:

Considerando que a imputabilidade compõe o elemento ‘culpa’, conclui-se, portanto, que adolescentes não cometem crime e sim conduta análoga, chamada de ato infracional, comportando medidas diversas daquelas dadas ao crime ou contravenção (2013, *apud* CORREA, 2016, p. 22).

Pode-se dizer que a inimputabilidade penal é um avanço na política criminal brasileira, pois, apesar da polêmica a respeito do tema, há de se considerar que os adolescentes são mais propensos a mudarem seu comportamento do que os adultos. Sobre o assunto, Moraes e Ramos (2014) defendem que os adolescentes devem ter um sistema compatível com o seu grau de responsabilização, devendo-lhes ser aplicada medida de caráter pedagógico, tendo em vista que o sujeito de dezoito anos ainda é passível de ser educado.

Além de diferenci-los dos adultos, o ECA ainda diferencia o tratamento dado às crianças e aos adolescentes. Segundo o disposto no art. 2º do diploma legal, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes aqueles que possuem entre doze e dezoito anos de idade. Em se tratando de ato infracional praticado por crianças aplica-se medidas de proteção, caso seja um adolescente, este ficará sujeito às medidas socioeducativas (BRASIL, 1990).

As medidas de proteção a serem aplicadas as crianças são as previstas no art. 101 do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.

Trata-se de rol não taxativo, podendo o julgador aplica-las isolada ou cumulativamente, da forma que melhor atenda as necessidades do caso concreto. Além disso, insta mencionar, que o estatuto não estabeleceu procedimentos específicos em relação à apuração e julgamento do ato infracional praticado por crianças, somente determinou a competência do Conselho tutelar para aplicação das medidas (BRASIL, 1990).

Por outro lado, a persecução penal do ECA em relação aos adolescentes se assemelha em muitos aspectos ao processo penal dos adultos. Na apuração do ato infracional, ao contrário das medidas de proteção aplicadas às crianças, há três fases distintas, sendo a primeira a investigação policial, na qual há a apuração dos fatos e colhimento de depoimentos nos moldes previstos no Código de Processo Penal.

Após essa fase, tem-se início a atuação do Ministério Público. Cabe, inicialmente, esclarecer que todos os atos infracionais são de ação pública

incondicionada, desta forma, o *parquet* sempre será o titular da ação contra adolescentes. No entanto, embora pareça ser um contrassenso o maior rigor em relação ao sistema dos adultos, a imposição da exclusiva atribuição ministerial, encontra respaldo na possibilidade do membro do *parquet* fazer um maior juízo de valor acerca da propositura da representação (MORAES, RAMOS, 2014).

Ao contrário da seara criminal, que é regida pelo princípio da indisponibilidade, na área da infância e juventude é possível que o Ministério Público após a oitiva prévia do adolescente, possa pedir o arquivamento da ação ou aplicar-lhe a remissão. Desta forma, tem o promotor de justiça a faculdade de escolher a melhor opção para efetivar a ressocialização do menor.

Já em caso de representação pelo ato infracional, tem-se início a terceira fase que é a judicial. Nesta o juiz poderá condenar o adolescente nas medidas socioeducativas previstas no rol taxativo do art. 112 do ECA (BRASIL, 1990).

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

As medidas socioeducativas serão aplicadas de acordo com a infração cometida, cabendo ao juiz o dever de analisar a capacidade do adolescente em cumprir a medida, bem como as circunstâncias e a gravidade do ato infracional, de modo que se possa aferir a adequação e a proporcionalidade da reprimenda estatal (FULLER; DEZEM; JÚNIOR, 2012). Desse modo, além da punição, a medida aplicada deve ser aquela que seja mais eficaz na reeducação do infrator.

Fica claro que os jovens apesar de receberem sanções diferentes das aplicadas aos adultos, em razão de sua condição de ser em desenvolvimento, não deixam de ser responsabilizados pela sua conduta. Longe disso, a eles são aplicadas medidas que são verdadeiras sanções jurídico-penais, vez que se assemelham em muitos aspectos as penas tradicionais, resultando, inclusive, em privação de liberdade, como no caso da internação (SPOSATO, 2013).

Desta forma, impõe-se a incidência restrita e limitada das medidas socioeducativas aos casos de extrema necessidade. De modo que se impeça

qualquer prejuízo ao desenvolvimento e formação da criança e do adolescente que estão sobre o manto da proteção estatal, comunitária e familiar.

3.2 A doutrina da proteção integral

A constituição cidadã de 1988 trouxe importantes mudanças em relação à forma como as crianças e os adolescentes são vistos pela lei e pela sociedade. A supremacia dos valores da dignidade da pessoa humana e os avanços na legislação internacional proporcionaram a reconhecimento constitucional da criança e do adolescente como seres humanos em desenvolvimento que requerem especial atenção do Estado, da família e da sociedade.

Antes da carta constitucional de 1988 vigorava no Brasil a doutrina da situação irregular. O pensamento social em relação aos jovens era assistencialista fundado no binômio abandono-infração. Era a fase da criminalização da infância pobre. Desse modo, se o menor era pobre, abandonado ou vinha de uma família desestruturada, poderia concluir-se que ele seria um futuro marginal (BUDÓ, 2015).

Em 1927 foi publicado o código de menores que compilou todas as legislações sobre o tema. Durante este período o juiz passou a exercer toda a sua autoridade sobre a infância pobre de forma centralizada, controladora e protecionista (AMIN, 2014). A tutela da infância caracterizava-se pelo regime de internações que substituíam a presença familiar pela doutrinação institucional, visando adequar os jovens aos padrões da sociedade.

Conforme leciona Machado, a política de internação foi justificada sob o argumento de que “nas grandes casas de internação crianças e adolescentes estariam mais bem assistidos do que em companhia de suas pobres famílias” (2003, p. 28). Diante disso, passava-se a ideia para a sociedade de que a internação seria a melhor opção para esses jovens, contudo, a política gerou apenas a situação de subcidadania e o conceito estigmatizante de “menor”.

Tal situação se agravou durante o período militar, apesar da criação da Fundação Nacional do Bem Estar do Menor – FUNABEM -, a tradição anterior se manteve, na prática tratava-se de mais um instrumento de controle do regime autoritário dos militares. Segundo Andréa Rodrigues Amim (2014, p. 48) os menores foram “elevados, naquele momento histórico, à categoria de “problema de segurança nacional”” (2014, p. 48).

Após a redemocratização, a mobilização nacional e os organismos internacionais como a UNICEF e a ONU intensificaram a pressão pela reforma da área da infância e juventude, levando o legislador constituinte a incluir os direitos das crianças e dos adolescentes na nova carta constitucional. Além disso, buscando adequar-se a Declaração Universal dos direitos da criança adotada pela ONU em 1959 e a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes, adotou-se a doutrina da proteção integral.

De acordo com Andréa Rodrigues Amim (2014, p. 52) a doutrina da proteção integral é “formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizado por meio de normas interdependentes que reconhecem crianças e adolescentes como sujeitos de direitos”. Desta forma, afasta-se a doutrina da situação irregular, pois agora eles são vistos como indivíduos e não mais como meros objetos de intervenção.

Na perspectiva de Souza, o objetivo do sistema da proteção integral é alcançar a igualdade material, através do tratamento desigual:

Percebe-se, pois, que proteger de forma integral é dar atenção diferenciada à criança, rompendo com a igualdade puramente formal para estabelecer um sistema normativo que se incline na busca pela igualdade material, por meio de um tratamento desigual, privilegiado, à criança, assegurando-lhes a satisfação de suas necessidades básicas, tendo em vista sua especial condição de pessoas em desenvolvimento (2001, p. 75).

Diante disso, para implementar o sistema de proteção e dar efetividade as normas constitucionais foi promulgada a lei n. 8.069, em 13 de julho de 1990, que instituiu o microsistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, fundado em três pilares básicos (AMIN, 2014, p. 53):

- 1) Criança e adolescente são sujeitos de direito;
- 2) Afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e, portanto, sujeito a uma legislação especial;
- 3) Prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais.

Trata-se, portanto, de um novo modelo participativo e democrático no qual família, sociedade e Estado são igualmente responsáveis em assegurar o sistema de garantias de direitos. Estes que, agora, são destinados a todas as crianças e adolescentes, independente de sua condição social, econômica ou familiar.

Mais do que isso, há o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como seres que estão em fase de desenvolvimento físico, psíquico e emocional.

Como observa Machado (2003) essa situação especial caracteriza-se pela condição deles como seres de maior vulnerabilidade, e em razão dessa circunstância ensejam um regime de proteção que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude.

Por outro lado, reconhecê-los como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento não autoriza a intervenção na autonomia das crianças e adolescentes. Nesse sentido, Souza (2008, p. 12-13) *apud* Arantes (2009, p. 434), declara que:

O grande desafio do momento atual é equacionar a tensão que se instala entre conceder maior autonomia à infância e à adolescência, direito de voz e de participação política, com vistas ao alcance daquilo que definimos como meta para atingirmos a excelência humana, portanto a felicidade, e o risco de que esta prática possa favorecer uma certa omissão dos adultos e das instituições em construir junto com as crianças e os adolescentes metas que garantam a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes em um contexto de definições claras em relação ao bem humano e à felicidade humana. Se, por um lado, estamos convencidos de que os princípios tradicionais de proteção e direitos da criança e do adolescente precisam ser revistos, por outro, é igualmente verdadeiro que eles não podem ser de modo algum descartados, mas sim retomados dentro de um novo contexto.

O autor ressalta que a implementação do sistema de garantias ainda se mostra um grande desafio aos operadores de direito. Isto se deve a grande dificuldade em se estabelecer o equilíbrio na medida da proteção de modo que ela não seja excessiva a ponto de retornar ao tratamento dispensado pelo sistema menorista, mas que também não seja insuficiente e resulte na omissão do Estado.

Pode-se ver que a nova doutrina das crianças e dos adolescentes representou uma mudança drástica no tratamento relacionado a este grupo, não só em relação à ampliação das políticas públicas e dos atores responsáveis pela sua efetivação, mas também em relação à forma como a sociedade os vê. Por certo, que ainda há muito a evoluir, principalmente na questão dos direitos das crianças e adolescentes, tendo em vista que não se pode reduzi-los sob o pretexto da proteção.

3.3 Direito a autodeterminação sexual

Os temas que envolvem a sexualidade ainda continuam a ser vistos por grande parte da sociedade como um tabu, notadamente se o assunto é relacionado aos jovens. Por essa razão as discussões sobre a sexualidade juvenil são em sua

maioria abordadas a partir da perspectiva de sua violação e tratadas no âmbito do direito penal.

O direito de liberdade sexual dos adolescentes é negligenciado pela sociedade, pois, tem-se a falsa percepção de que o debate sobre o tema incitaria os jovens a realizar manobras sexuais. O mais preocupante, contudo, é constatar que esses empecilhos morais interferem na concepção de políticas públicas que tratem a sexualidade com uma abordagem positiva e educadora (RIOS, 2015).

Conforme destaca D'Elia (2012, p. 6) “é necessário ressaltar a importância de se estabelecerem os limites entre o direito e a moral”. Segundo o autor, ao tratar do direito penal sexual é comum que o Estado tenha a tendência de conferir um tratamento baseado em uma noção paternalista, ou seja, limitam-se as liberdades dos indivíduos com base em valores axiológicos.

Diante da notória influência da perspectiva social no direito sexual, surge a dúvida em relação à medida de interferência do Estado nesse ramo. Nota-se que na esfera da criminalidade, apesar da repressão punitiva representar os ideais morais da sociedade, muitas vezes, estas convicções não equivalem à realidade, resultando em uma legislação simbólica¹³ (D'Elia, 2012).

Como ocorre com o artigo 217-A do CPB, tendo em vista que ao tratar a idade de 14 anos como uma faixa etária absoluta, deixou-se de considerar a realidade dos jovens da atualidade, buscando ocultá-la através do sistema repressivo. Como observa Aleixo (2010), embora, a alteração decorrente da Lei n. 12.015/2009, tenha representado uma evolução, na medida em que se substituiu a questão da moralidade pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, em relação à sexualidade infanto-juvenil continuou-se a tratá-la de forma proibitiva.

Como visto no tópico 2.2 do presente trabalho, em relação à pessoa menor de quatorze anos, não há que se falar em liberdade sexual como bem jurídico tutelado, mas sim de proteção ao natural desenvolvimento sexual. Contudo, o que se percebe é que tal proteção foi posta a partir da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é desviante e deve ser objeto de proteção (ALEIXO, 2010).

¹³ Pode-se afirmar que a legislação simbólica “constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ‘ideológica’” (NEVES, 2007, p. 39-40).

Percebe-se que a situação da exploração e abuso sexual de crianças e adolescentes merece uma tutela especial do Estado. Todavia, a concepção de proteção da forma que foi abordada pela norma e como está sendo interpretada pelos tribunais, remonta a ideologia do código menorista, no qual se utilizava a justificativa da proteção para o controle e repressão dos jovens.

Frise-se que tais considerações não são no sentido de negar a gravidade do problema relativo ao abuso e exploração sexual, mas somente reconhecer a esses indivíduos o direito a autodeterminação sexual. Isso porque, o exercício da sexualidade é inerente à própria condição do ser humano e nem sempre o sexo praticado pelos adolescentes será em decorrência de abuso ou exploração.

Sobre o direito a autodeterminação sexual os autores Seger e Steinmetz esclarecem que:

A autodeterminação sexual, que se encontra no centro de toda vida privada, pode ser compreendida como a possibilidade de cada indivíduo de viver livremente sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio da identidade sexual, que engloba a livre escolha de seus parceiros e a oportunidade de manter com eles, de maneira consentida, relações sexuais (2015, p. 279).

Entretanto, cabe ressaltar que reconhecer a liberdade das crianças e adolescentes de se autodeterminarem não significa dizer que eles têm maturidade para consentir com o ato sexual em toda e qualquer situação. Também se faz relevante a apreciação de que o consentimento foi decorrente da vontade livre e consciente. Além disso, é necessário que estejam ausentes qualquer ato que vicie a liberdade.

Segundo D'Elia (2012, p. 50):

“são vícios da vontade e também serão do consentimento, por excelência, qualquer forma de violência, coação, fraude e também outras formas que reduzam a capacidade do ofendido (aqui se integra a questão da vulnerabilidade)”.

Sobre a qualidade de vulnerável, como já mencionado, ela só existe em relação a algo, na hipótese tratada pelo tipo penal pode-se entender que ela decorre do poder do adulto sobre os menores de idade.

Diante disso, pode-se concluir que o vício da capacidade ou vulnerabilidade não estará presente na relação entre adolescentes, visto que os indivíduos estão em um estado de igualdade de direitos e poderão exercer sua

própria liberdade em relação à ação do outro. Portanto, percebe-se que a adoção de uma faixa etária para demarcar o momento que a pessoa teria respeitada a sua autonomia sexual, não serve como solução da questão, ao contrário, pode levar a criminalização da própria descoberta sexual.

Com efeito, o debate em relação aos direitos afetivos-sexuais de crianças e adolescentes, requer o reconhecimento da tensão entre os princípios da proteção e da autonomia¹⁴. Pois, de um lado tem-se a dificuldade de considerar a sexualidade como algo natural na vida das crianças e dos adolescentes, e que somente importa a proteção diante das violências sexuais. E de outro lado, alega-se a necessidade de reconhecer as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e titulares de todos os direitos humanos e fundamentais (RIOS, 2015).

De acordo com Seger e Steinmetz a solução para questão estaria na assimilação dos princípios:

A diferença, nessa concepção, está em conceder a possibilidade de avaliar, desde a perspectiva do adolescente, se ele apresenta condições concretas de consentir, partindo-se justamente de um equilíbrio entre os princípios da autonomia sexual e do melhor interesse a ser tutelado, cujo fiel da balança estará ancorado na proporcionalidade. A ideia de partir do pressuposto de que o adolescente, pela simples condição etária isoladamente considerada, não figura necessariamente como vítima de ato sexual, não impede que, se as mesmas circunstâncias do caso concreto evidenciarem tratar-se de consentimento inválido, sejam aplicadas as regras penais que incriminam os atos de pedofilia e os punem, em toda a extensão do mandamento constitucional, severamente (2015, p. 289).

Na espécie, a norma penal seria interpretada de acordo com os princípios constitucionais da liberdade e da dignidade sexual, considerando ainda o melhor interesse da criança e do adolescente, sem que isto resulte em uma deficiência de proteção.

Portanto, a partir dessas reflexões, defende-se o reconhecimento do direito a autodeterminação sexual de adolescentes, e que as limitações impostas pela legislação adotem a perspectiva de proteção e não de controle. Pois, só assim será possível aprofundar os debates sobre o tema e disponibilizar a necessária orientação e acompanhamento.

¹⁴ SEGER; STEINMETZ discorrem que “o ordenamento jurídico-constitucional arrola entre os direitos fundamentais do indivíduo a intimidade e a vida privada, assegurando a sua inviolabilidade.1 As posições protegidas por esses direitos, somadas à liberdade geral de ação (CF, art. 5º, caput e II), fazem parte do núcleo essencial da autonomia da pessoa, do seu poder de autodeterminação” (SEGER; STEINMETZ, 2015, p. 279).

3.4 Exceção de Romeu e Julieta

A definição de uma idade mínima para a validade do consentimento sexual é importante para proteger crianças e adolescentes do abuso e da exploração sexual, bem como das consequências que possam resultar de um ato prematuro, como a gravidez ou transmissão de doenças sexuais. Contudo, a manutenção da idade de 14 anos como limite objetivo não pode continuar a ser utilizada como mesmo parâmetro para as relações entre o adulto e o adolescente e entre adolescentes em idade próxima.

Nesse sentido, alguns estados¹⁵ dos Estados Unidos da América, que costumam punir rigorosamente os crimes sexuais, criaram a chamada *Romeo and Juliet Law*, que pode ser traduzida para o português como “exceção de Romeu e Julieta”. A lei consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os personagens seja igual ou inferior a cinco anos. Com isso, busca-se evitar a punição da descoberta sexual (SARAIVA, 2009).

A norma norte-americana em comento surgiu em 2007, e foi inspirada na obra Romeu e Julieta de William Shakespeare. A história narra o romance entre dois jovens, os quais se presumem, que possuíam a idade de dezesseis anos e treze anos, respectivamente. Assim, caso o romance ocorresse no Brasil, Romeu seria considerado estupro nos termos do art. 217-A do CPB.

Sobre o assunto João Batista Costa Saraiva (2009, p. 63), declara que:

(...) exagera a norma ao fixar em 14 e não em 12 anos a idade limite, ao menos sem estabelecer uma regra como a “Exceção de Romeu e Julieta”. Em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a nova regra do art. 217 exagera em face da realidade do País e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta de sua sexualidade.

O autor defende, ainda, que a norma penal deveria acompanhar a idade estabelecida no ECA para diferenciar crianças e adolescentes, tendo em vista que a estes últimos a lei considera diversas prerrogativas, como viajar desacompanhado, ser privado de sua liberdade, direito de ser ouvido, entre outras. Contudo, afirma que

¹⁵ Exemplos de estados norte-americanos que adotam a *Romeo and Juliet law*: Connecticut, Flórida, Indiana, Texas, Hawaii, Alabama, Colorado, New Jersey, New Mexico, entre outros. Fonte: Legal dictionary. Disponível em: <<https://legaldictionary.net/romeo-and-juliet-laws/>>. Acesso em: 18/11/2017.

caso permaneça a limitação etária em 14 anos, deveria ser criada uma regra de exceção como a *Romeu and Juliet law*. Frisa-se que a referida cláusula só seria aplicada aos jovens maiores de 12 anos, tendo em vista que não há possibilidade de relativização, em razão do próprio limite previsto pelo ECA.

Entretanto, observa-se, que a manutenção da natureza absoluta da presunção de violência pode levar ao juizado da infância e juventude adolescentes que estão descobrindo a sua sexualidade, e que não poderiam ser penalizados criminalmente por tal ato. Pois, a condução equivocada dessa situação pode ocasionar prejuízos irreversíveis na vida dos adolescentes envolvidos (SILVA, 2014).

Com efeito, a aplicação da exceção de Romeu e Julieta visa a corrigir as injustiças legais que ao invés de proteger os adolescentes terminam por criminalizá-las. Sobre isto, insta destacar um julgado norte-americano paradigma que revelou as injustiças que podem surgir a partir da consideração estrita da lei e a importância da criação de uma regra de exceção.

Trata-se do caso do jovem Garnalow Wilson, de 17 anos de idade, condenado pelo Estado da Georgia (cuja legislação proíbe o sexo entre adolescentes) a 15 anos de prisão por ter praticado sexo oral com uma menina de quinze anos de idade. No julgamento restou claro para todos que o ato havia sido consentido e que não houve qualquer abuso por parte do garoto, inclusive havia imagens que mostravam claramente o ocorrido. Contudo, mesmo diante dos fatos ele foi condenado e somente foi liberado em 9 de junho de 2007, após cumprir dois anos na prisão, por decisão da Suprema Corte do Estado da Geórgia que aplicou a exceção de Romeu e Julieta ao caso.¹⁶

No Brasil, alguns tribunais estaduais também vêm aplicando a teoria para solucionar questões envolvendo o relacionamento sexual entre pessoas de idade próxima. Por exemplo, cita-se o Tribunal de Justiça de Goiás que entendeu que a conduta dos jovens deveria ser relativizada em razão da proximidade etária, bem como reconheceu a liberdade dos adolescentes em consentir com o ato.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DIREITO COMPARADO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. EXCEÇÃO ROMEO E JULIETA (ROMEO AND JULIET LAW). ABSOLVIÇÃO.

¹⁶ TUCK, Angela. Genarlow Wilson's journey from prison to Morehouse. Atlanta Journal Constitution. Atlanta, 18/05/2013. Disponível em: < <http://www.myajc.com/news/crime--law/genarlow-wilson-journey-from-prison-morehouse/BSmOzTV5gU4sjRvAgsuEBM/>>. Acesso em: 02/02/2018.

Na esteira do direito comparado, o direito brasileiro deve adotar orientação semelhante, de que não existe crime para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes e tratar-se a hipótese de atos sexuais cometidos entre adolescentes/jovens, com idades próximas, de livre e espontânea vontade, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico (art. 386, inciso VI, Código Processual Penal). APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (TJ-GO – APR: 03471174020138090095, Relator: DES. Leandro Crispim, data de julgamento: 02/05/2017, 2A Camara Criminal, data de publicação: DJ 2316 de 27/07/2017)

Assim também seguiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da apelação: 20110983973, que tratava de relacionamento sexual entre primos, com idades de 13 e 15 anos. No qual o relator desembargador Ricardo Roesler, considerando a exceção de Romeu e Julieta, votou pela absolvição do representado.

A violência ficta contra menor de 14 anos, que alicerça o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, do [CP](#)), pressupõe a incapacidade de plena autodeterminação e de defesa do menor, em contrapartida à previsível maturidade do adulto. Bem por isso, tratando-se de prática sexual entre adolescentes - uma com 13 anos (vítima) e outro com 15 anos (autor) - não incide livremente a presunção para caracterizar o fato como ato infracional análogo ao crime de estupro; é necessário que se evidencie que o adolescente tinha exata compreensão das circunstâncias e, principalmente, o intuito deliberado de satisfazer a própria lascívia, contando com a prematuridade e a inexperiência da vítima. (...) **Bem porque a presunção de violência é tomada a partir da suposição de experiência de um (o adulto) e da imaturidade do outro (a vítima); a mesma conclusão não pode ser simplesmente tomada quando em jogo a prática de ato sexual entre dois menores (grifo nosso).** (...) Se não somos capazes de admitir a nós mesmos nossas limitações, que tenhamos apenas alguma sensibilidade com a alma humana, e tomemos como paradigma o exemplo hoje adotado nos Estados Unidos - país notoriamente reconhecido pela repreensão a crimes sexuais cometidos por jovens (notadamente os homossexuais), mas que tem admitido a atipicidade da conduta quando a relação sexual ocorre entre adolescentes. É o que se convencionou chamar *Romeo and Juliet Law*. O dispositivo, de inspiração shakespereana, tem se firmado como forma de impedir o apenamento de jovens que mantenham relações sexuais, cuja diferença de idade não ultrapasse cinco anos. (...) O direito, sobretudo o direito penal há de se ocupar necessariamente daquilo que deva ser submetido à sua correção. E para identificar o que é passível de intervenção pelo Judiciário do que não é se exige mais, bem mais do que a burocracia e a arrogância dos protocolos jurídicos: exige-se sensibilidade, atenção com o outro; requer-se alguma ampliação de horizontes da sensibilidade. A solução de todas as misérias humanas não é tarefa do Judiciário, que quando muito tem figuração coadjuvante. Quando os papéis se invertem, quando o Judiciário intervém para além de suas cercanias, sem cuidado e cautela, o resultado pode ser desastroso. Soluções que possam parecer, num olhar desavisado, um sintoma de justiça poética (belíssima nas obras literárias, mas de regra patética como pauta de julgamento) podem, na prática, desdobrar efeitos colaterais muito mais perniciosos do que a efetiva inércia judicial. Eis um caso cuja alguma

solução deve ser buscada longe, muito longe da intervenção direta do Judiciário.

As decisões apresentadas mostram a necessidade do aplicador do direito poder em alguns casos excepcionais relativizar a vulnerabilidade da vítima, observando as peculiaridades do caso concreto. Tendo como finalidade evitar decisões desproporcionais.

Nesse sentido, defende-se que a idade mínima para o consentimento sexual entre adolescentes, leve em consideração a diferença de idade e a possibilidade de equilíbrio de poder para determinar se o consentimento será válido. Sendo assim, é fundamental que enquanto não ocorra uma reforma legal que defina uma exceção nos termos da *Romeo and Juliet law*, os julgadores possam continuar a analisar o aspecto material para caracterizar o ato infracional.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como a legislação, os doutrinadores e os julgadores compreendem a natureza da presunção de vulnerabilidade da vítima no crime de estupro de vulnerável. A partir disso, permitiu-se uma reflexão sobre as dificuldades encontradas para solucionar casos envolvendo o relacionamento sexual consensual entre adolescentes e a importância de uma análise específica sobre o tema.

De um modo geral, os entendimentos acerca da vulnerabilidade da vítima são no sentido de atribuir-lhe a natureza absoluta, ou seja, se houve o fato, há o crime, portanto, entende-se que a lei não permite a verificação de outras circunstâncias presentes no caso concreto. No entanto, verificou-se que o mesmo posicionamento não poderia ser aplicado aos adolescentes que praticam ato sexual consensual, quando um ou ambos forem menores de quatorze anos, sob pena de criminalizar a sua descoberta sexual.

Percebeu-se que na atual sistemática adotada pelo Brasil é possível que adolescentes respondam por ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável mesmo que vítima e acusado estejam em situação de proximidade etária e grau de desenvolvimento físico, psíquico e emocional. Diante disso, demonstrou-se que há fundamentos que justificam a possibilidade de relativização da vulnerabilidade da vítima nesses casos específicos.

As considerações sobre os aspectos do crime de estupro de vulnerável permitiram a compreensão sobre os conceitos e características do tipo em estudo. Viu-se que o legislador adotou o critério etário para determinar a vulnerabilidade da vítima, definindo a idade mínima de 14 anos para que o indivíduo possa consentir com o ato sexual. Além disso, em relação ao bem jurídico protegido pôde-se esclarecer que há diferenças entre o adulto e o adolescente, sendo que ao primeiro considera-se bem mediato a liberdade sexual, e ao último o desenvolvimento sexual, tendo, ambos, como bem imediato a dignidade sexual.

Por ser um crime de extrema gravidade e de alta reprovabilidade social a penalidade atribuída ao tipo é consideravelmente alta, estando o crime previsto no rol dos crimes hediondos. Diante disso, o legislador na reforma do código penal com o advento da lei 12.015/2009, resolveu tratar a vulnerabilidade etária como absoluta,

de modo que não houvesse margem para qualquer interpretação que pudesse levar a impunidade do agressor ou mesmo na desqualificação da vítima. Apesar disso, os debates doutrinários não são uníssonos, pois, embora todos reconheçam a escolha do legislador, a maioria dos autores pesquisados, ainda, defende a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade da vítima diante das circunstâncias do caso concreto.

Ademais, analisou-se o entendimento dos tribunais acerca da dicotomia em relação à vulnerabilidade: absoluta x relativa. Observou-se que antes da reforma, os tribunais superiores divergiam nos seus entendimentos, enquanto o STF argumentava em favor da presunção absoluta em quase todos os seus julgados, o STJ não tinha assumido uma posição pacífica sobre o assunto. Após a reforma, o STF consolidou de vez o entendimento pela vulnerabilidade absoluta. Por outro lado, no Superior Tribunal de Justiça, permaneciam os debates.

Somente no ano de 2014, o STJ pacificou o seu entendimento, passando a considerar a vulnerabilidade prevista no art. 217-A como de natureza absoluta, sendo que recentemente, firmou sua posição na súmula 593. A súmula teve como finalidade garantir a segurança jurídica aos cidadãos, tendo em vista que, mesmo após os tribunais superiores adotarem posicionamento pacífico sobre o tema, os tribunais estaduais julgavam ora considerando a vulnerabilidade como absoluta, ora como relativa.

No terceiro capítulo buscou-se demonstrar a existência de uma lacuna jurídica em relação ao ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, onde foi possível observar que a súmula e os demais julgados relativos ao tema em sua maioria analisam somente os crimes, considerando a relação entre o adulto e o menor de quatorze anos, e que poucos são os debates relativos à existência de relacionamento sexual consentido entre adolescentes.

A partir disso, abordou-se as particularidades relativas à criança e o adolescente. Inicialmente, foi explicado que os adolescentes também são punidos por sua conduta, na medida de sua responsabilidade, e que, em razão do seu estado de desenvolvimento, estas deveriam ser aplicadas somente nos casos mais necessários, respeitando-se os direitos previstos no ECA e na legislação penal.

Após, tratou-se da doutrina da proteção integral e da evolução em relação ao tratamento dispensado as crianças e adolescentes, que antes eram tidos como objetos de intervenção e que após a promulgação da constituição de 1988 e do ECA passarem a ser reconhecidos como sujeitos de direitos. Contudo, observou-se que

em se tratando de matéria sexual, o legislador desconsiderou o direito deles de se autodeterminarem sexualmente alegando a própria proteção deste público.

Desta forma, pôde-se constatar a existência de um conflito entre o princípio da liberdade sexual e o princípio da proteção integral. Para solucionar tal questão viu-se a necessidade de analisar o caso concreto para determinar se o adolescente era capaz de exercer a sua liberdade sexual. Para tanto, foi feita análise de diversos autores que consideram que a vulnerabilidade existe em relação ao adulto, desse modo, seria possível o exercício dessa liberdade sexual no relacionamento entre adolescentes, tendo em vista que há um equilíbrio de poder, pois ambos estão na mesma fase física e psicológica.

Diante disso, defendeu-se a aplicação da teoria de Romeu e Julieta, segundo a qual se admite a relativização da vulnerabilidade quando os participantes da relação tiverem uma diferença de idade igual ou inferior a cinco anos, ou pelo menos a criação de uma regra semelhante no Brasil. Assim, seria possível relativizar a conduta sexual consentida entre adolescentes, sem deixar de assegurar à proteção as crianças e aos adolescentes.

A partir dessas reflexões, evidencia-se a necessidade de um debate maior sobre o tema pelos operadores do direito, principalmente por aqueles que fazem e aplicam as leis, com o fim de se construir uma doutrina jurídica sólida capaz de trazer pacificação e justiça social.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. **Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral**. Boletim IBCCRIM, pp. 08-09, 20/04/2009. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/246-209-Abril-2010>. Acesso em: 09 jan. 2018.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Katia Regina F. L. A. (coord.), **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 52-57.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. **Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção versus autonomia?**. Psicol. clin., Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 431-450, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652009000200012&lng=en&nrm=iso>. Access em: 11 feb. 2018.

BARROS, Francisco Dirceu. **A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais**. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17215>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Não paginado.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Decreto-lei nº. 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de jan. 2018.

_____. **Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal Vol. 03.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Leme, São Paulo: CL Edijur. 2013.

CORREA, Felipe Martins. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL BILATERAL, ADEQUAÇÃO SOCIAL E A “ROMEO AND JULIET LAW”.** Monografia. Unesc. Criciúma, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/5072>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

COUTO, Cleber. **Estupro de vulnerável menor de 14 anos. Vulnerabilidade absoluta ou relativa?** JusBrasil, 2015. Disponível em: JusBrasil: <<https://professorclebercouth.jusbrasil.com.br/artigos/211166374/estupro-de-vulneravel-menor-de-14-anos-vulnerabilidade-absoluta-ou-relativa>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade.** Dissertação (Mestrando em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6011>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

FAYET, Fábio Agne. **O delito de estupro.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: RT, 2012.

FULLER, Paulo. H.; DEZEM, Guilherme. M.; JUNIOR, Flávio. M. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luís Flávio. **Estupro. Adolescente de 12 anos. Presunção relativa da violência. Críticas ao populismo penal.** JusBrasil, 2012. Disponível em JusBrasil: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928456/estupro-adolescente-de-12-anos-presuncao-relativa-da-violencia-criticas-ao-populismo-penal>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- Parte especial Vol. III.** 12ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. **Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do artigo 217-A, caput, do Código Penal**. Monografia. Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília, 2011.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032321.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

HAMON, Hever. Abordagem sistêmica do tratamento sociojudiciário da criança vítima de abusos sexuais intrafamiliares. In: MARCELINE, Gabel, **Crianças vítimas de abusos sexuais**. São Paulo: Summus, 1997.

MACHADO, Martha Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática do ato infracional. In: MACIEL, Katia Regina F. L. A. (coord.), **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 972-1090.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009**. Guilherme Nucci, 2014. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-0152009>>. Acesso em 03 jan. 2018.

PINHEIRO, Rodrigo Paladino. **A súmula como ferramenta facilitadora do Direito**. Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374>. Acesso em: 11 jan. 2018.

PISKE, Oriana. **Proporcionalidade e Razoabilidade: Critérios de Intelicção e Aplicação do Direito**. Artigos Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2011. Disponível em TJDF: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2011/proporcionalidade-e-razoabilidade-criterios-de-inteleccao-e-aplicacao-do-direito-juiza-oriana-piske>>. Acesso em 21 dez. 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **Minorias, direitos de crianças e adolescentes: notas sobre o reconhecimento, proteção e promoção nas perspectivas do direito da sexualidade e do direito da antidiscriminação**. Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos, [S.l.], v. 6, n. 2, pg. 16-24, abr. 2015. ISSN 2236-6334. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/3873>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

SARAIVA, João Batista da C.. **O “Depoimento Sem Dano” e a Romeo and Juliet Law. Uma Reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217-A.** Ed. 17. Publicado por Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2009. Disponível em: <<http://jjj.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-17.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

SILVA, Andréia Antunes da. **Uma abordagem jurídica e social do ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.** Dissertação em Direito - Univali, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Andreia%20Antunes%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

SOUSA, Áurea Maria F. D. **COMENTÁRIOS: Anistia, graça e indulto.** JusBrasil, 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2516798/comentarios-anistia-graca-e-indulto-aurea-maria-ferraz-de-sousa>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

SOUZA, Sergio Augusto G. P. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos.** Porto Alegre: Fabris, 2001.

SPOSATO, Karina Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista.** São Paulo: Saraiva, 2013.

STEINMETZ, Wilson; SEGER, Juliano dos Santos. **Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança: a relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos.** Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, volume 18, número 18, pg. 275-291, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/661>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

STF. **Habeas corpus: HC 73662 MG.** Relator: Marco Aurélio. DJ: 21 de Maio de 1996. JusBrasil, 1996. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg>>. Acesso em 05 de jan de 2018.

_____. **Coletânea temática de jurisprudência: direito penal e processual penal.** Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direito_Penal.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

_____. **Habeas corpus: HC 97.052 PR.** Relator: Dias Toffoli. DJ: 16/11/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623347/habeas-corpus-hc-97052-pr-stf>>. Acesso: 05 jan. 2018.

____. **Habeas corpus: HC 81.268 DF**. Relator: Sepúlveda Pertence. DJ: 16/11/2002. JusBrasil, 2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14750125/habeas-corpus-hc-81268-df>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

____. **Habeas corpus: HC 93.263 RS**. Relator: Cármem Lúcia. DJ: 19/02/2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2923390/habeas-corpus-hc-93263-rs>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

STJ. **Recurso Especial: REsp 1021634/SP**. Relator: Jorge Mussi. DJ: 14/09/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16975562/recurso-especial-resp-1021634-sp-2008-0003201-1/inteiro-teor-16975563?ref=juris-tabs>>. Acesso em 06 jan. 2018.

____. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.480.881 - PI (2014/0207538-0)**. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 27/08/2015. Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf. Acesso em: 06 jan. 2018.

____. **Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luis. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodvim, 2014.