

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Rafaela Christina Oliveira Alves

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A CONSOLIDAÇÃO DO
ENTENDIMENTO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE
ABSOLUTA**

Juiz de Fora

2019

Rafaela Christina Oliveira Alves

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A CONSOLIDAÇÃO DO
ENTENDIMENTO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE
ABSOLUTA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau em Bacharel, sob orientação do Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva.

Juiz de Fora

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

Rafaela Christina Oliveira Alves

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ABSOLUTA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau em Bacharel, submetido à Banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Orientador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Felipe Fayer Mansoldo
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de novembro de 2019

RESUMO

Este estudo tem como propósito trazer a discussão relacionada à consolidação do entendimento da presunção de vulnerabilidade absoluta no contexto jurídico brasileiro, que se deu substancialmente a partir da elaboração da Súmula 593 do STJ, tendo seu conteúdo reproduzido na mais recente alteração do Código Penal, pela Lei nº 13.718/2018. A referida mudança acrescentou o §5º ao artigo 217-A, que reitera que “*As penas previstas no caput e nos §§ 1.º, 3.º e 4.º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime*”. Nesse sentido, primeiramente será realizada uma breve retomada histórica, assim como uma análise dos aspectos sociais e políticos que estimulam a própria sexualidade, buscando elucidar quais são os mecanismos que atuam para promover uma verdadeira gestão penal do sexo. Posteriormente, far-se-á um exame mais apurado da legislação penal como um todo, buscando demonstrar diversas incongruências existentes no ordenamento jurídico no que tange ao estupro de vulnerável relativo aos menores de 14 anos. Por fim, alguns casos concretos serão analisados, com o fim de ilustrar que a aplicação fria e direta da lei penal como está, sem a consideração de singularidades, pode levar à intensas arbitrariedades.

Palavras Chave: Crimes sexuais. Evolução histórica. Estupro de vulnerável. Gestão penal do sexo. Presunção absoluta. Vulnerabilidade. Incongruências.

ABSTRACT

This study aims to bring the discussion related to the consolidation of the understanding regarding the absolute presumption of vulnerability in the Brazilian legal context, which took place substantially under jurisprudential thesis n° 593, reproduced in the most recent amendment of the Penal Code, by Law n°. 13,718 / 2018. This change added paragraph 5 to article 217-A, which reiterates that “*The penalties provided for in the caput and paragraphs 1, 3 and 4 of this article applies regardless of the victim's consent or the previous sexual experience*”. In order to that, firstly it will be done a brief historical recovery, as well as an analysis of the social and political aspects that foster sexuality itself, seeking to clarify what are the mechanisms that act to promote a true penal management of sex. Subsequently, it will deal with a more thorough examination of the criminal law, seeking to demonstrate several inconsistencies in the legal system regarding the vulnerable children's under 14 years rape. Finally, some concrete cases will be analyzed to illustrate that the cold and direct application of criminal law as it stands, without consideration of singularities, can lead to intense arbitrariness.

Keywords: Sexual crimes. Historical Evolution. Rape of vulnerable. Penal management of sex. Absolute presumption. Vulnerability. Inconsistencies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. BREVE RETOMADA HISTÓRICA DOS CRIMES SEXUAIS E DA PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	08
2. O DISCURSO DA CRIMINALIZAÇÃO E A GESTÃO PENAL DO SEXO.....	16
3. A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	21
3.1. A superação da presunção de violência e a consolidação do entendimento de vulnerabilidade absoluta.....	21
3.2. Incongruências da legislação penal vigente.....	25
4. ANÁLISE DE CASO CONCRETO TENDO COMO PARÂMETRO A APLICAÇÃO ABSOLUTA DO PRECEITO DE VULNERABILIDADE.....	30
5. CONCLUSÃO.....	34
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como propósito trazer à baila a discussão sobre a presunção absoluta de vulnerabilidade dos menores de quatorze anos no crime de estupro de vulnerável, dado que tal entendimento foi recentemente consolidado com a mais nova alteração do Código Penal trazida pela Lei nº 13.718/2018. Tal discussão gira em torno da aplicação fria e absoluta da lei, sem considerar situações presentes em casos concretos, como o consentimento e a existência de um relacionamento amoroso habitual.

Inicialmente, será necessário a realização de uma breve retomada histórica, com a exemplificação de todas as passagens do crime de estupro, até atingir-se a legislação atual, o que possibilita a visualização de como os costumes e comportamentos de cada época são relevantes para a caracterização de cada figura típica.

Posteriormente, se observará como se deu, no decorrer dos anos, a ingerência do Estado na sexualidade das pessoas, fazendo uma análise dos aspectos sociais e políticos que impulsionam a própria sexualidade e dos mecanismos de poder atuantes para promover uma gestão penal do sexo, assim como as conjunturas de cada época que influenciaram a mudança da legislação.

Em seguida, será feito um detalhamento mais específico do crime de estupro de vulnerável, analisando as nuances da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos, assim como os contrassensos existentes na legislação brasileira, isso tudo com o objetivo de demonstrar que a dita presunção absoluta de vulnerabilidade não se faz razoável, uma vez que a aplicação mecânica e absoluta de um preceito legal pode acarretar danos extremamente prejudiciais a um suposto acusado, que poderia sofrer o estigma de ser um criminoso e um estuprador, mesmo em casos concretos onde havia uma relação contínua de afeto com a suposta vítima menor de quatorze anos.

Por fim, com o intuito de ilustrar os argumentos expostos, será feita uma análise de casos concretos que ocorreram no Brasil, buscando constatar que caso tais situações tivessem a aplicação da lei como se encontra hoje, elas seriam alvo de extremas injustiças.

1. BREVE RETOMADA HISTÓRICA DOS CRIMES SEXUAIS E DA PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A violência sexual sempre esteve presente na conjuntura das sociedades, o que torna o tema relativo aos crimes sexuais alvo constante de estudo nas legislações penais, tanto pátrias quanto estrangeiras. Desde as primeiras civilizações, a punição para aqueles que praticassem tais crimes era severa e muitas vezes cruéis, podendo o indivíduo ser sentenciado à pena de morte.

No Brasil, o primeiro registro que se tem sobre penas relativas a crimes sexuais remonta ao período colonial, em que era aplicada a legislação vigente em Portugal, sendo a mais imponente delas as Ordenações Filipinas¹, também denominadas de Código Filipino. Apesar de nesse momento a denominação “estupro” ainda não ser empregada, já havia previsão legal para a conduta delitativa de praticar conjunção carnal “per força”, a qual era punida com a pena de morte², mesmo o autor se casando com a vítima em data posterior. Essa primeira legislação era munida, ainda, de requisitos para que o delito ocorresse: o sujeito ativo necessariamente deveria ser um homem e o sujeito passivo, uma mulher, salvo se esta fosse uma prostituta ou uma escrava.

Conforme exemplifica Pierangelli, assim descrevia o Título XVIII, do Livro V, das Ordenações Filipinas:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello. Porém, quando fôr com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução, até nol-o fazerem saber, e per nosso mandado (...)

1. E postoque o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado. (*apud* PIERANGELLI, 1980, p. 29)

¹ Conforme explica José Salgado Martins (1967, p. 94-95), as Ordenações Filipinas não são de origem portuguesa e nem brasileira, mas foram promulgadas por um monarca espanhol em 11 de janeiro de 1603 (Filipe III, na Espanha, ou Filipe II, quando rei em Portugal) tendo vigorado em terras brasileiras até 16 de dezembro de 1830.

² Em relação à pena de morte nos delitos de violência sexual, de acordo com Heleno Cláudio Fragoso “a legislação penal do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim toda a legislação penal de sua época. A morte era a pena comum e se aplicava a grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldade” (2003, p. 70).

Em se tratando dos crimes sexuais da época que possuíam alguma distinção por conta de critério etário, no Livro V, capítulo XVII, somente havia um delito que estabelecia que qualquer homem que dormisse com filha ou qualquer descendente e ascendente seria queimado. Nesses casos, a mulher com quem se deu a relação sexual também seria condenada à fogueira, salvo se menor de treze anos e, se maior, caso contasse o ocorrido às autoridades imediatamente.

Qualquer homem que dormir com sua **filha, ou com qualquer outra sua descendente**, com sua mãe, ou com outra sua ascendente, seja queimado, e ela também, e ambos feitos por fogo em pó.

E em cada hum dos casos sobreditos, se a mulher, com quem assim se houver o ajuntamento carnal, for **menor de 13 anos**, ou sendo maior, se vier logo queixar e descobrir às Justiças, havemos a ela por relevada de todas as penas, que pelo dito crime podia merecer. (...) ³

Após a proclamação da independência, surgiu a necessidade de se desvencilhar das leis portuguesas aplicadas, pelo que foi editado o Código Criminal do Império do Brasil, no ano de 1830. Tal diploma legislativo previa em seu Capítulo II intitulado “Dos crimes contra a segurança da honra”, a seção I, com denominação de “Estupro”⁴, que previa quatro delitos, sendo o mais assemelhado ao estupro atual o previsto no artigo 222. Nesse delito, assim como naquele existente nas Ordenações Filipinas, o sujeito passivo devia ser necessariamente uma mulher – sendo prostituta, a pena para o infrator era copiosamente reduzida. Todavia, diversamente da legislação colonial, o Código Criminal do Império previa a possibilidade de extinção da pena do estupro caso a ofendida se casasse com o ofensor, conforme o artigo 225.

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

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

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas. ⁵

³Consultado em 21/09/2019 em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1172.htm>.

⁴Este Código foi o primeiro diploma a utilizar a rubrica “estupro” para denominar um crime, muito embora ela não representasse tão somente esse crime em si, isto é, conjunção carnal forçada, mas sim, outros vários delitos de conotação sexual.

⁵ BRASIL, Código Criminal do Império. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em 20/09/2019.

No que tange aos crimes sexuais com abrangência de critério etário, havia o artigo 219 que descrevia o que foi denominado de “crime de defloramento” (TINOCO, 2003), assim previsto:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.
 Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.
 Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Nesse sentido, depreende-se da leitura do respectivo artigo que a prática de sexo com mulheres virgens menores de dezessete anos era proibida, com a exceção das relações que se dessem no âmbito conjugal ou quando ocorresse o casamento logo depois da prática. Destarte, já era possível inferir uma certa vulnerabilidade para o ato de consentir com a relação sexual, dado que mesmo que a vítima menor de dezessete anos anuísse com o sexo, se ela não fosse casada ou se cassasse logo em seguida com aquele que tirou sua virgindade, o delito já estava configurado.

A bem da verdade é que a dita vulnerabilidade dessas mulheres menores de dezessete anos não possuía como propósito a real proteção da dignidade sexual ou até mesmo da saúde mental do indivíduo, pelo contrário, estava atrelada diretamente à salvaguarda da honra – é o que demonstra, inclusive, o título do capítulo do mencionado dispositivo. Isso ocorre devido ao fato de a concepção social da época acreditar que as mulheres somente deviam perder sua virgindade em ambiente conjugal, sendo a mulher virgem símbolo de inocência e pureza.

A virgindade era entendida como um bem a ser protegido e nesta empreitada empenhavam-se todos os homens e as instituições por eles representadas, Estado e Igreja. Era mais do que um bem pertencente à mulher, pertencia à família, pois sua perda acarretaria a desonra familiar, era também um bem público já que sua preservação era sinal de respeito aos bons costumes e sua falta sinal de desrespeito a uma ordem moral. (ESTACHESKI, 2010, p. 13)

Mais tarde, especificamente em 11 de novembro de 1890, com a derrubada da monarquia e proclamação da República, a instituição de um novo Código Penal tornou-se ainda mais imperiosa e inadiável, pelo que foi editado o Código Penal de 1890, também conhecido como Consolidação de Piragibe. Conquanto tal Codex tenha mantido algumas características da antiga legislação - como a manutenção das mulheres como único sujeito passivo do crime de estupro e a distinção feita entre a mulher considerada honesta e a prostituta - foi considerado um marco para o direito penal da época. Tal marco se deu

principalmente por conta da consagração da denominação do delito de estupro como a prática da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, conforme ficou expresso nos artigos 268 e 269, contidos no Título VIII, Capítulo I:

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

Pena – de prisão celular por um a seis annos.

§ 1.º Se a estuprada fôr mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão celular por seis meses a dois annos.

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

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violencia, de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anestheticos e narcoticos. (*Apud* PIERANGELLI, 1980, p. 299).

Ademais, o Código Penal de 1890 também angariou grande destaque, em razão de ter sido a primeira legislação brasileira a consagrar no plano jurídico uma proteção diferenciada para os jovens menores de dezesseis anos, introduzindo no ordenamento a chamada violência ficta ou presumida, conforme descrito no artigo 272.

Art. 272. Presume-se commetido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.⁶

Dessa forma, o jovem menor de dezesseis anos – não necessariamente do sexo feminino⁷ – não possuía a devida capacidade para consentir validamente com o ato sexual. Importante esclarecer que a referida inovação da legislação não estava desvinculada da moral de honra da época, mas foi consequência direta da mudança de postura de países estrangeiros na forma de enxergar a proteção da sexualidade da população infanto-juvenil⁸.

Sucessivamente, a próxima alteração promovida em relação aos crimes sexuais somente se deu no ano de 1940, onde foi promulgado o Código Penal vigente até os dias atuais – evidentemente houve inúmeras alterações que se afastaram muito da redação original, porém a Codificação se manteve a mesma. Inicialmente, os crimes sexuais estavam dispostos

⁶ BRASIL, Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm > Acesso em 20/09/2019.

⁷ O delito de atentado ao pudor, previsto no artigo 266, por exemplo, poderia ter como sujeito passivo tanto indivíduos do sexo feminino quanto do masculino.

⁸ Essa revolução no pensamento se deu principalmente por conta do aumento da prostituição infantil, prática fortemente denunciada por movimentos sociais da época.

no Título VI, da parte especial do referido Código, que era denominado “Dos crimes contra os costumes”, estando o delito de estupro inserido no Capítulo I, contendo a seguinte redação original:

Art. 213. Constranger mulher⁹ à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
Pena – reclusão, de três a oito anos.

Percebe-se, pelo trecho transcrito, que o delito de estupro através de conjunção carnal manteve a exclusividade da proteção à mulher¹⁰, uma vez que para a época tais atentados ainda representavam, primordialmente, um constrangimento à honra das mulheres na sociedade, e não diretamente um ataque à sua liberdade sexual.

Em relação à proteção dos chamados vulneráveis, a codificação de 1940 manteve a presunção de violência, modificando, sobretudo, a idade mínima de dezesseis para quatorze anos, tendo também ampliado a referida presunção para os casos em que a vítima “é alienada ou débil mental; e o agente conhecia esta circunstância”, assim como quando a vítima “não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Entretanto, não havia um único tipo penal que configurasse o estupro com presunção de violência, era necessário a conjugação do artigo 224 com algum outro tipo que descrevesse determinada conduta atentatória aos costumes. Assim dizia o mencionado artigo:

Presunção de violência¹¹

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

De acordo com o então Ministro da Justiça Francisco Campos – responsável pela elaboração da mudança em questão – a diminuição do limite etário se deu em razão do

⁹ Não importa, para a existência do crime, que a ofendida seja, ou não maior ou *virgo intacta*. Se da cópula resulta o desvirginamento da ofendida, e esta é menor de 18 anos e maior de 14, a pena é especialmente aumentada (Exposição de Motivos, número 70).

¹⁰ O delito de atentado violento ao pudor, previsto no artigo 214 da antiga redação do Código Penal, por sua vez, previa a possibilidade de o sujeito passivo ser pessoa tanto do sexo feminino, quanto do masculino – o referido delito previa a punição para o constrangimento ou grave ameaça daquele que praticasse ou permitisse que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

¹¹ Conforme preleciona Nucci, “A partir dessa premissa, estabeleceu o legislador a chamada *presunção de violência*, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato. Logo, a conduta do agente teria sido violenta, ainda que de forma indireta”. (NUCCI, 2019, p. 61)

manifesto discernimento das minúcias sexuais por parte de pessoas com quatorze anos completos, conforme se vê em sua Exposição de Motivos (número 70):

Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de 16 anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *inocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. (...)

Apesar de bastante coerente a adequação da diminuição do limite etário para a época em que foi sancionada a referida lei, o Código Penal de 1940 ainda representava uma mentalidade um tanto conservadora, principalmente em relação aos outros crimes sexuais. Dessa forma, com o intuito de melhor se adequar a realidade brasileira, foi editada a Lei nº 12.015/2009, determinante por alterar significativamente o Título VI da supracitada codificação.

Primeiramente, a mais perceptível das mudanças realizadas foi a supressão da já superada terminologia “crimes contra os costumes”, passando a legislação a tutelar a dignidade sexual dos indivíduos – a mais nova norma passou a considerar que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos são um ataque à dignidade, à liberdade e à personalidade do ser humano (BITENCOURT, 2019, p. 48).

Ademais, outra alteração que remodelou substancialmente o Código Penal foi a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, congregando na mesma figura típica tanto o ato de conjunção carnal quanto a prática de qualquer outro ato libidinoso diverso dela (BUSATO, 2017, p. 849). Com a mudança, o artigo 213 passou a descrever em um único tipo penal as antigas figuras previstas nos artigos 213 e 214, o que acabou modificando, também, a antiga exclusividade de proteção à mulher no que envolve a conjunção carnal, podendo, agora, qualquer pessoa ser vítima desse tipo de violação.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Ainda em relação a essa mudança, apesar de ter sido bem-vinda e oportuna para revigorar a legislação, sua redação ainda sofreu algumas críticas, dado que as expressões “conjunção carnal” e “ato libidinoso” não expressam todos os tipos de violência sexual existentes na sociedade atual. Conforme preceitua o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

Considerando-se que o legislador unificou, com a Lei n. 12.015/2009 os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, poderia ter aproveitado para substituir as expressões que identificam essas duas figuras – conjunção carnal (estupro) e ato libidinoso diverso de conjunção carnal – por uma expressão mais abrangente, capaz de englobar os dois vocábulos anteriores como, por exemplo, “violação sexual mediante violência”. [...] A expressão “violação sexual mediante violência”, ademais, mostra-se mais atualizada, por seu alcance mais abrangente, pois englobaria também, [...] as relações homossexuais (tidas, simplesmente, como atos libidinosos diversos da conjunção carnal), tão disseminadas na atualidade.

A Lei 12.015/2009 deu origem, ainda, a uma nova figura típica que foi denominada “estupro de vulnerável”, com figuração típica própria, revogando o antigo artigo 224, que deveria ser cumulado com outros delitos para dar origem a violência ficta. Tal delito está previsto no atual artigo 217-A, *caput*, com a seguinte redação:

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 [...].

Nesse sentido, o legislador trouxe a ideia de vulnerabilidade, sepultando a pregressa presunção de violência, que causava bastante desconforto em parte da jurisprudência da época, especialmente no que se referia às vítimas menores de quatorze anos de idade. Tal inquietação se dava em razão de controvérsias a respeito da presunção de violência ser considerada como absoluta ou como relativa, abrindo-se vários precedentes para reconhecer a relatividade à raiz do HC 73.662-MG¹², de relatoria do Ministro Marco Aurélio (BUSATO, 2017, p. 893).

¹² ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a

Entretanto, apesar de haver jurisprudência considerando a presunção de violência como relativa, o legislador, com a edição da Lei 12.015/2009, deixou clara sua opção por uma presunção absoluta – agora de vulnerabilidade¹³ – restando nítido o caráter objetivo e concreto do limite biológico que impõe responsabilidade ao autor, o que não apaziguou, contudo, as discordâncias sobre o caráter absoluto ou relativo presentes na doutrina.

Procurando deixar evidente a posição legislativa sobre a presunção de vulnerabilidade de que trata o artigo 217-A do Código Penal, foi editada a mais nova Lei nº 13.718/2018, que dentre outros assuntos, optou por consolidar expressamente na figura típica o entendimento de vulnerabilidade absoluta nos crimes de estupro de vulnerável – reproduzindo expressamente o texto da Súmula 593/STJ - não podendo o consentimento da vítima figurar em nenhuma hipótese como causa suprallegal de excludente de ilicitude. Por se tratar de tema elementar do presente trabalho, os pormenores da promulgação da referida lei serão tratados mais cuidadosamente em capítulo posterior.

conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal (HC 73.662/MG, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Publicação DJ 20-09-1996).

¹³ A expressão “presunção de violência”, causadora de grande polêmica foi substituída pela noção de “vulnerabilidade”. Todavia, o conceito se manteve controverso por não haver concordância total na doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de sua relativização ou não no caso concreto.

2. O DISCURSO DA CRIMINALIZAÇÃO E A GESTÃO PENAL DO SEXO

Antes de se realizar uma análise mais específica da figura típica do estupro de vulnerável, faz-se relevante uma reflexão sobre os aspectos sociais e políticos que impulsionam a própria sexualidade e a criação de uma legislação mais rigorosa no que tange aos crimes sexuais.

A sexualidade, desde o começo dos tempos, é uma temática um pouco tênue, dado que é repleta de várias atribuições de sentidos e de significados associados a comportamentos, práticas sexuais, sendo alvo do discurso médico-científico e jurídico. Ademais, a questão do sexo foi sempre muito limitada pela moral e pela religião de cada época, chegando a estruturar, de acordo com Foucault¹⁴, uma dicotomia “normal-anormal” entre os sujeitos, em que os “normais” seriam aqueles moralmente responsáveis, cumpridores dos preceitos sociais e religiosos, e os “anormais” ou “desviantes”, aqueles cujo comportamento sexual não obedecia aos preceitos morais instituídos, sendo para estes últimos o tratamento médico ou a prisão, duas das alternativas de controle possíveis (FOUCAULT, Michel *apud* SILVA, 2012).

Todavia, em contramão a esse primeiro posicionamento, que coloca a sexualidade como alvo de repressão contínua pela moral e pelos costumes, Foucault, a partir da segunda metade da década de sessenta - especialmente a partir de suas experiências pós-maio de sessenta e oito¹⁵ - passou a enxergar a sexualidade não como um instituto reprimido, mas como um fenômeno que cada vez mais está sendo posto em discurso.

Nas palavras de Foucault, a sexualidade estaria passando por uma verdadeira “explosão discursiva”¹⁶, ou seja, ao invés de estar rodeada somente por instrumentos de coibição, a sexualidade estaria sendo verbalizada, institucionalmente incitada e colocada em discurso, ao contrário de uma tradição burguesa, que primava pela preservação do pudor. Isso ocorre devido ao fato de o discurso da sexualidade estar sendo difundido por outros setores da sociedade, como, por exemplo, nos estudos promovidos pela medicina e psicologia, nos programas escolares e televisivos de educação sexual e em grande maioria pela mídia, que

¹⁴FOUCAULT, Michel. Os anormais (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁵ O mês de **maio de 1968** ficou internacionalmente conhecido por ter sido um período de efervescência social que se iniciou a partir de protestos estudantis em Paris. Esses protestos alastraram-se pelo país e chegaram a abalar a ordem da Quinta República Francesa (iniciada em 1958). O movimento de maio de 1968 também ficou internacionalmente conhecido por ter motivado a continuidade de movimentos revolucionários em outras partes do mundo.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: a vontade de saber. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque) 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 21.

vem alavancando níveis espetaculares de audiência nos últimos tempos. (HARTMANN, 2007).

Nesse sentido, apesar de na grande maioria das vezes as legislações serem cercadas por figuras típicas repressivas no que tange aos crimes sexuais, a grande verbalização da sexualidade faz com que exista um debate intenso ao seu redor, o que possibilita, inclusive, uma propensão à despenalização de algumas condutas, como já ocorreu, em alguns casos, em relação aos crimes contra os costumes. Contudo, de acordo com Hartmann,

apesar de todo esse discursar a sexualidade pelos meios de comunicação e pela linguagem diária, que, de uma certa forma deveria substituir, bem ou mal (juízo este subjetivo) a repressão jurídica, o discurso jurídico penal brasileiro parece andar na contramão, pois é ainda mais repressor que a própria sociedade e seus meios de reprodução cultural, quando não o deveria, tampouco se pensando na função normalizadora do discurso sobre a sexualidade (HARTMANN, 2007, p. 350).

Sendo assim, a questão da sexualidade experiencia um paradoxo, em que de um lado há diversos institutos que incentivam a sexualidade e a fazem efetivamente falar cada vez mais alto, enquanto de outro, subsiste um poder jurídico que atua na contramão da tendência do processo histórico, instaurando cada vez mais elementos repressores. À vista disso, é inequívoco que certas condutas devem continuar a serem punidas, dado que violam a liberdade sexual dos indivíduos, contudo, somente o excesso punitivo não beneficia nem mesmo a vítima, e acaba engessando os comportamentos dos sujeitos. Ademais, de acordo com Hartmann, “evidente que a moral sexual é bem que deve ser juridicamente protegido, porém a impressão que se tem é que a legislação não condiz com o momento histórico – eis o problema” (HARTMANN, 2007, p. 351).

Em relação a esse aspecto mais repressivo das normas penais, necessário se faz a análise mais apurada dos discursos de controle produzidos na sociedade, assim como dos institutos que exercem influência direta sobre o ordenamento jurídico. No que tange ao Direito Penal, pode-se dizer que este cresceu bastante sob o signo da segurança, contudo, o endurecimento do sistema punitivo não está adstrito a um aumento da periculosidade na sociedade, mas sim ao reconhecimento das alterações de controle e de utilização da vida humana como bem político e econômico (SILVA, 2012).

De acordo com Foucault¹⁷, a inflação dos mecanismos legais penais e a consequente formação de um sistema legal cada vez mais abrangente e de conteúdo cada vez mais abstrato, acaba dando origem aos mecanismos de vigilância e correção cada vez mais presentes, por parte do Estado. Tais mecanismos de vigilância e estratégias de segurança se tornam atrelados também à uma questão econômica, em que se torna preciso averiguar a relação entre o custo da repressão e o custo da delinquência. Isto é, se toda criminalidade possui um custo econômico pelo qual o Estado eventualmente vai ter que arcar, faz-se necessário estabelecer um limite razoável de tolerância da criminalidade (FOUCAULT, Michel *apud* SILVA, 2012).

Tendo em vista a referida tolerância da criminalidade, um dos critérios da criminalização do sexo na sociedade e a resposta jurídica dada pelo Direito Penal relaciona-se com a fundamentação no “homem médio”, conforme preceitua Ripolles¹⁸. Isso significa que a seleção dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal se ampara nas demandas do entendimento “médio”, que aquecem a força punitiva do Estado e podem gerar a racionalização de preconceitos e interesses particulares, levando a “uma seletividade e a violência do sistema penal à patamares considerados médios e normais, justificando tais abusos como anseios e expectativas do homem médio”. Dessa forma, ao se pautar nas considerações do “homem médio”, a criminalização das condutas sexuais sofre grande influência dos costumes sociais de cada época (RIPOLLES *apud* SILVA, 2012, p. 184).

Ainda no tópico de critérios da criminalização do sexo na sociedade, grandes pontos precisam ser trazidos à baila: a moralidade social; o critério científico e o capital econômico. A começar com a moralidade social, esse ponto é de extrema relevância para a compreensão da formação da lei penal, uma vez que o conjunto das convicções morais, culturais, políticas e econômicas que estão presentes em cada época pode alterar significativamente as normas penais. Sendo assim, a criminalização da sexualidade em muito está ligada com valores sociais como a honra, a decência, os costumes que circulam cada momento em determinada sociedade (SILVA, 2012, p. 185). Fazendo um comparativo atual, apesar de os costumes em relação à sexualidade não se prenderem ao pudor visto em épocas mais remotas, o aumento da repressão aos crimes sexuais em muito tem a ver com a ânsia cada vez mais crescente da sociedade em se ver livre da violência, o que acaba angariando o discurso de recrudescimento do Direito Penal.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. Seguridad, Territorio e Población, 2006, p. 22.

¹⁸ RIPOLLES, José Luis Diez. El Derecho Penal ente el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual), 1981, p. 158-159.

Quanto ao critério científico, a criminalização da sexualidade encontra respaldo principalmente nas discussões médicas, uma vez que o combate ao fundamento da punição quando este está alicerçado em um diagnóstico médico torna-se muito complicado. Dessa forma, de acordo com Luana de Carvalho Silva,

A criminalidade sexual é reduzida a uma patologia individual ou social, cujo método curativo é a imbricação entre norma e direito. Eis que a criminalização ganha um fundamento irretocável: são doentes e necessitam de tratamento, correção e cura. Sob tal tríade, o crime sexual ganha o status de problema de segurança e de saúde públicas (SILVA, 2012, p. 185).

Por fim, para que se compreenda integralmente as fontes da repressão penal, imperioso a verificação da ingerência do capital econômico no regime jurídico de cada sociedade. Primeiramente, observa-se que o modelo econômico que rege o Direito Penal está enraizado em conflitos de classes desiguais, sendo exatamente essa desigualdade o que possibilita que o sistema desenvolva uma estratégia de poder. Em síntese, o sistema penal obedece a regra da expansão capitalista: expande-se a ordem econômica e também o sistema legal, uma vez que “ao atribuir valor econômico a novos bens, a lei penal também deve se expandir para acompanhar as novas necessidades de criminalização dos novos bens jurídicos tutelados” (SILVA, 2012, p. 144).

Nesse sentido, o aumento dos tipos penais que envolvem a sexualidade dos indivíduos constitui uma estratégia governamental para a promoção de um adestramento e controle do sexo, propiciando uma verdadeira gestão penal do sexo. De acordo com a tese de Luana de Carvalho Silva, o Direito Penal sobre o sexo se respalda em duas vertentes: a criminalização da agressão à carne útil e a culpabilização da carne inútil. Esta primeira vertente tem como base o esforço da punição de qualquer ato que atinja o indivíduo considerado útil ao sistema de poder, ao passo que a segunda vertente se incumbe de culpabilizar e promover um juízo de reprovação sobre os sujeitos que diante da violência sexual rompem as expectativas normativas de obediência.

Em relação aos corpos considerados úteis, tem-se aqueles que são vistos como investimentos importantes demais para serem consumidos pela violência sexual, o que acaba criando uma seletividade do sistema penal sob a lógica econômica e deixando à margem diversos tipos de violências sexuais contra corpos que não possuem valor e são excluídos pelo sistema econômico e político. No que tange à segunda vertente, a “culpabilização da carne

inútil não significa aprisionar todos os criminosos sexuais, mas neutralizar aqueles que representam um risco do investimento do sistema de poder”.

Nessa linha de pensamento, se torna interessante a averiguação dos entornos da criminalização do estupro de vulnerável. Ainda de acordo com Luana de Carvalho Silva, além de verificar a intensa repressão da violência sexual infantil por ser, de fato, bastante cruel, importante se faz a realização e uma leitura biopolítica dos motivos da repressão. Por esse ângulo, necessária a noção de que a biopolítica mercantiliza os corpos infantis como princípio de investimento, uma vez que a violência sexual

pode ser considerada uma violência que expropria um corpo em construção, que promove uma lesão irreparável ao desenvolvimento psíquico, físico, cultural e econômico de um corpo em potencial. O prejuízo causado por esta violência rompe os discursos de moralidade e de patologização, para encontrar no tabu econômico sua face mais cruel: a violência sexual infantil se torna um inimigo a ser combatido na exata medida em que o corpo infantil se torna mais um alvo interessante para o consumo, se torna um princípio de investimento e de renda fomentando o capital. Uma violência cujo aporte não serve para nada, não encontra nada, não lucra nada (SILVA, 2012, p. 163).

Destarte, a motivação da intensa repressão do crime de estupro de vulnerável se baseia não somente na brutalidade que reveste tal figura típica, mas também está engendrado em um sistema de controle que visa adaptar as legislações mais opressivas àquelas situações que se mostram mais rentáveis e úteis para o sistema capitalista como um todo.

Portanto, como foi possível notar pela explanação proposta nesse capítulo, o Direito Penal sofre influências de diversos ramos da sociedade, sendo que a repressão cada vez mais constante das leis penais, principalmente no que tange aos crimes sexuais, não está ligado somente ao aumento de casos de violência sexual, mas possui todo um entorno político, biológico e principalmente econômico, que direciona, mesmo que intrinsecamente, os contornos do sistema punitivo.

3. A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

3.1. A superação da presunção de violência e a consolidação do entendimento de vulnerabilidade absoluta

Conforme já mencionado em capítulo anterior, o então artigo 224 da redação original do Código Penal de 1940 trazia a noção de presunção de violência, em que a prática sexual com determinada classe de indivíduos – dentre eles os menores de 14 anos – mesmo que sob o amparo do consentimento, deveria ser considerada como se com violência houvesse ocorrido. Em outras palavras, seria como se o consentimento nunca houvesse sido dado, e que a violência tivesse sido presente (REALE JUNIOR, 2016, p. 460).

Todavia, com o avançar dos tempos, começou a surgir um forte questionamento na doutrina e jurisprudência sobre a questão da presunção de violência – se deveria ser considerada como absoluta, não comportando prova em contrário, ou relativa, admitindo prova em contrário - especialmente no que se referia às vítimas menores de 14 anos de idade.

Para tentar estancar as discussões em torno da presunção de violência em relação aos menores de quatorze anos, tal terminologia foi eliminada com a modificação legal trazida pela Lei 12.015/2009, que inseriu o conceito de vulnerabilidade, apontando para a vulnerabilidade absoluta, conforme se verifica na própria Exposição de Motivos do Projeto, onde se menciona:

O art. 217-A, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. [...] O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade de até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Apesar da referida alteração na figura típica, o debate doutrinário e jurisprudencial não cessou, dado que não obstante a retirada da noção de violência presumida, a proibição conferida pela lei para a prática de atos sexuais às vítimas enumeradas no artigo 217-A se manteve. Logo, a presunção não deixou de existir, uma vez que se supõe que aos vulneráveis falta a capacidade para compreender a gravidade da relação sexual (NUCCI, 2019, p. 61).

Nesse sentido, destaca o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, que o legislador ao retirar da codificação o termo “presunção de violência” nada mais fez do que introduzi-la disfarçadamente, sob novos termos.

Observa-se que o legislador, dissimuladamente, usa as mesmas circunstâncias que foram utilizadas pelo legislador de 1940 para presumir a violência sexual. Constatou-se que o legislador anterior foi democraticamente transparente (mesmo em período de ditadura), ou seja, destacou expressamente as causas que levavam à presunção de violência (ver o revogado art. 224 do CP de 1940); curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deveria redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma presunção de violência, porém, disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei.

Sendo assim, nota-se que a discussão em relação ao tema não deixou de existir a partir da alteração do Código Penal que extinguiu a antiga presunção de violência. Entretanto, as posições majoritárias que se sobressaem em nosso ordenamento jurídico assentem com o entendimento de presunção absoluta da vulnerabilidade das vítimas relacionadas no artigo 217-A, o que levou, inclusive, à formulação da Súmula 593 do STJ (Superior Tribunal de Justiça), de caráter não vinculante, segundo a qual:

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)

Esse entendimento exarado no teor da referida Súmula se deu através do julgamento do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI¹⁹, sob o rito de recursos repetitivos – artigo 543-C do então vigente Código de Processo Civil de 1973²⁰ - por meio da Terceira Seção do STJ, com relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, que consignou o seguinte parecer:

[...] 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual [...]

¹⁹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO [...] (STJ, REsp. Nº 1.480.881 – PI, Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, Data da publicação: 10/09/2015).

²⁰ Art. 543-C: Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. [...]" (REsp 1480881 PI, submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015)

Com o objetivo de tornar ainda mais determinante o entendimento da presente Súmula, a mais nova alteração legislativa do Código Penal, que se deu através da promulgação da Lei nº 13.718/2018, reproduziu fielmente o conteúdo sumulado, introduzindo o §5.^o²¹ no art. 217-A. Tal alteração ratificou, de vez, o entendimento de que a vulnerabilidade é, sempre, absoluta, conforme preceitua o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Elege-se a vulnerabilidade absoluta, ao deixar nítido que é punível a conjunção carnal ou o ato libidinoso com menor de 14 anos *independentemente de seu consentimento* ou *do fato de ela já ter tido relações sexuais anteriormente ao crime*. Em primeiro lugar, há de se concluir que qualquer pessoa com menos de 14 anos, podendo consentir ou não, de modo válido, leia-se, mesmo compreendendo o significado e os efeitos de uma relação sexual, está proibida, por lei, de se relacionar sexualmente. Descumprido o preceito, seu (sua) parceiro(a) será punido(a) (maior de 18, estupro de vulnerável; menor de 18, ato infracional similar ao estupro de vulnerável). Cai, por força de lei, a vulnerabilidade relativa de menores de 14 anos. [...] A segunda parte está enfocando, primordialmente, a prostituição infanto-juvenil; afinal, a norma penal refere-se, de propósito, a *relações sexuais* (no plural), pretendendo apontar para a irrelevância da experiência sexual da vítima. Essa experiência, como regra, advém da prostituição.

A promulgação da referida alteração legal, juntamente com a consolidação da posição majoritária pela presunção absoluta de vulnerabilidade decorreu, entre outras coisas, da necessidade reconhecida pelo legislador de dar um fim à prática de exploração sexual

²¹ Art. 217, §5º: As penas previstas no *caput* e nos §§ 1.º, 3.º e 4.º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

infantil²², que nas últimas décadas teve um aumento vertiginoso no país²³. Além disso, tal entendimento proveio também da elevação da ocorrência de relações abusivas de crianças com adultos, muitas sucedidas no próprio meio familiar.

É inequívoco que tal proteção merece ser apoiada para que aqueles jovens que não se encontrarem em condições de anuir com a prática sexual sejam preservados. Contudo, a simples presunção absoluta de vulnerabilidade como critério objetivo pode dar causa a eventuais injustiças, pelo que se defende, neste estudo, a determinação da vulnerabilidade como um conceito relativo, devendo admitir prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes – indivíduos maiores de doze anos já completos.

Corroborando com esse entendimento, o doutrinador André Estefam²⁴ assevera que, muito embora a lei penal tenha sido alterada, persistirá “a crítica fundamental ao critério rígido eleito, ou seja, pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual” , motivo pelo qual defende que a vulnerabilidade deve ser relativa, visto que, na situação em que “a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e, voluntariamente, pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI”. Dessa forma, nem toda relação sexual ou ato libidinoso praticado com menores de 14 anos ocasionará uma ofensa à dignidade sexual, sobretudo se forem realizados de modo voluntário (ESTEFAM, 2009, p. 59).

Na mesma linha, André Myssior assevera que a própria disposição legal, se interpretada de modo absoluto, pode conter uma violação à dignidade sexual, pois,

[...] ao se considerar que, com frequência, encontrar-se-á pessoa menor de 14 anos apta a consentir livre e validamente para a prática de relação sexual, pode-se afirmar que proibir absolutamente que com ela se mantenha conjunção carnal ou mesmo atos libidinosos diversos e de menor intensidade (o que inclui beijos, e outras carícias) acaba por violar a própria dignidade sexual da menor a que se visa proteger! A dignidade sexual não envolve somente o direito de negar-se à prática sexual quando não se a deseja; mas também o de manter o relacionamento quando ambas as partes validamente consentem (MYSSIOR, 2009, p. 461).

²² Motivado por diversas campanhas de ONGs em apoio a vítimas de violência sexual, o termo prostituição infantil está entrando em desuso, dado que referir-se a crianças como prostitutas encobre a realidade desumana a qual estão submetidas.

²³ No país houve um aumento de 20% nos pontos de prostituição infantil entre 2017 e 2018, de acordo com pesquisa do Projeto Mapear.

²⁴ ESTEFAM, André. Crimes Sexuais. Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

Sendo assim, a aplicação absoluta do preceito de vulnerabilidade, sem considerar a possibilidade da ocorrência de singularidades pode ocasionar não somente uma punição descabida, mas também uma afronta à dignidade sexual de certos indivíduos. Ademais, tal determinação vai de encontro a outras acepções presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como se analisará, com mais detalhes, no próximo capítulo.

3.2. Incongruências da legislação penal vigente

Para que se tenha uma noção ampla do crime de estupro de vulnerável, sobretudo quando se trata dos indivíduos com idades inferiores a quatorze anos, imprescindível se torna o exame do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), norma que foi um marco para a ampliação do direito das crianças e dos adolescentes no país. Em relação a tal legislação, o ponto crucial para o presente trabalho gira em torno da determinação de que crianças são pessoas de até doze anos de idade incompletos, enquanto adolescentes são indivíduos entre doze e dezoito anos de idade.

Art. 2º 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.²⁵

Outrossim, outro grande aspecto do ECA que é comumente trazido à discussão é a questão da aplicação de medidas protetivas e medidas socioeducativas. De acordo com o artigo 105 da referida Lei, serão aplicadas medidas protetivas quando algum ato infracional²⁶ for praticado por criança - leia-se indivíduo menor de doze anos – ao passo que o artigo 112 enumera medidas socioeducativas em relação ao adolescente – aquele maior de doze anos e menor de dezoito – quando da prática de ato infracional.

Nesse sentido, nota-se que a Lei 8.069/90, especialmente redigida para amparar os direitos das crianças e adolescentes, definiu que as pessoas de até doze anos incompletos merecem uma diferenciação daqueles que figuram entre doze e dezoito anos, sendo que em relação aos atos infracionais praticados, a penalidade para os considerados crianças será mais branda do que aos considerados adolescentes.

²⁵ O presente dispositivo conceitua, de forma objetiva, quem é considerado criança e quem é considerado adolescente, para fins de incidência das disposições contidas no ECA (que em diversas situações estabelece um tratamento diferenciado para ambas categorias - vide, por exemplo, o disposto nos arts. 45, §2º e 105, do ECA). Trata-se de um conceito legal e estritamente objetivo, sendo certo que outras ciências, como a psicologia e a pedagogia, podem adotar parâmetros etários diversos.

²⁶ Conforme art. 103 do ECA, “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”

Diante dessa situação, vem à baila o questionamento do motivo pelo qual o Código Penal, ao definir os indivíduos em situação de vulnerabilidade, estipulou o critério etário de quatorze anos, em oposição ao que determina o ECA, que aponta a idade de doze anos como aquela em que os indivíduos devem ser tratados de forma mais cautelosa – especialmente no que tange à ocorrência de atos infracionais.

Sendo assim, resta incongruente a diferenciação entre os dois diplomas legais, propiciando a polêmica de que se as pessoas acima de doze anos são capazes de serem expostas a medidas socioeducativas - que podem chegar, inclusive, a um regime de internação em estabelecimento socioeducativo - também são aptas a praticarem atos da vida sexual, conquanto consentam para o feito. Corroborando com tal entendimento, assim expõe o doutrinador Guilherme Nucci:

O legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar de equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas deveria ser relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto.

Ainda no tocante à posição acima exposta, relevante a explanação de trecho de uma jurisprudência pátria proferida perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

O art. 217-A do CP deve ser interpretado sistematicamente com a Lei 8.069/90 (ECA), sendo desarrazoado que o adolescente menor de 14 anos, não obstante detenha maturidade reconhecida em lei para ser apenado com medida socioeducativa, caso venha a praticar ato infracional, seja presumido destituído de capacidade de autodeterminação sexual (...) a adolescente menor de 14 anos praticou a relação sexual de maneira espontânea, consciente e consentida, porquanto o Direito Penal, como última ratio da intervenção estatal da dignidade humana, objetiva tutelar a liberdade, e não a moralidade sexual” (TJGO, 1º Câm. Crim., Ap. 365244-53.2011.8.09.0141, rel. Des. Jairo Ferreira Jr., j. 2.7.2013, public. 7.8.2013).

Semelhante problema se coloca nos casos de meninas entre os seus doze e treze anos que, além de já viverem em verdadeira união estável, muitas vezes possuem filhos, constituindo uma família. Família esta que paira sob a proteção legal, uma vez que o artigo 226 da Constituição Federal preceitua expressamente que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e, para efeito de proteção estatal, reconhece-se, também, a união estável. Dessa forma, considerando que o companheiro seja maior de dezoito anos, a

aplicação fria e objetiva da norma do §5º do artigo 217-A o colocaria como autor de um estupro de vulnerável, crime que conta com uma pena mínima de oito anos de reclusão, independente das condições em que a relação sexual fora praticada, se em ambiente de união estável com pleno consentimento, ou não. Em se tratando de tal situação, não é razoável que o instituto da vulnerabilidade absoluta, definido em norma ordinária, supere os bens jurídicos *entidade familiar e prioridade de proteção à criança*, ambos tratados em âmbito constitucional, o que nos leva a mais uma incongruência da lei penal se analisado todo o contexto jurídico (NUCCI, 2019, p. 63).

Também nesse sentido, a situação fica ainda mais ilógica quando se analisa a Lei nº 12.594/2012, que trata do SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. De acordo com o artigo 68 de tal legislação, “é assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima”. Destarte, considerando o caso acima observado, onde a jovem dita vulnerável teria união estável, em o seu companheiro se tratando de indivíduo menor de dezoito anos, este poderia responder por ato infracional equiparado ao crime de estupro, sendo compelido a cumprir medida socioeducativa – possivelmente em regime de internação.

Isto posto, o autor do considerado ato infracional equiparado ao crime de estupro de vulnerável, ao cumprir a medida socioeducativa em regime de internação teria o direito legalmente constituído de realizar visitas íntimas, o que é completamente distante de qualquer entendimento racional, dado que o ato que levou a uma internação é exatamente o mesmo que a ele é resguardado, quando internado.

Outro ponto controverso no tocante a legislação vigente no Brasil considerar como absoluta a vulnerabilidade do menor de quatorze anos, diz respeito ao fato de tal tipo de concepção responsabilizar criminalmente todo sujeito que com ele mantiver contato sexual, independentemente da existência de dolo ou culpa, o que pode levar à chamada responsabilização penal objetiva, terminantemente vedada no ordenamento jurídico brasileiro – infringe o princípio da *nullum crimen sine culpa*, isto é, não há crime sem culpa.

Em relação à citada responsabilidade penal objetiva, tal instituto já foi alvo de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça em caso de estupro, em que o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro declarou que toda presunção absoluta produz responsabilidade objetiva em matéria criminal, o que é inconstitucional. Vejamos:

RESP – PENAL – ESTUPRO – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – O direito penal moderno é o direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. [...] Fato não se presume. Existe ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. [...] Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. (STJ- REsp 46424 RO 1994/0009401-9, Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Data de Julgamento: 14/06/1994, T6- Sexta Turma, Data de Publicação: 08/08/1994)

Ademais, é imperioso que se faça uma avaliação das mudanças comportamentais apresentadas pela juventude com o decorrer dos anos, dado que atualmente os jovens têm se revelado cada vez mais precoces na iniciação sexual, transparecendo plena noção dos seus atos com seus parceiros em suas vidas íntimas. Nesse sentido, vale à pena colacionar trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no HC nº. 097052/PR:

(...) os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça das informações [...] Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum repara-se a precocidade com que crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de forma espontânea, quase natural. [...] Nos nossos dias não há crianças, mas moças de 12 anos, precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante as eventuais adversidades [...] Portanto, é de se ver que já não socorrem 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. [...] 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 [...] A presunção não é absoluta, cedendo às particularidades 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 seu depoimento e era de conhecimento público. (...).

Dessa forma, diante de todo o exposto, nota-se que a legislação brasileira no que tange ao tema tratado neste estudo, apesar de conter diversas mudanças atuais, como a mais nova Lei 13.718/2018, não solucionou por completo as incongruências existentes considerando o ordenamento jurídico como um todo. Pelo contrário, apenas consolidou normativamente um entendimento que pode dar origem a profundas injustiças, conforme os casos acima apresentados.

Haja vista a situação enumerada acima, em que os relacionamentos sexuais se dão entre adolescentes cuja diferença de idade é pequena, relevante se faz a importação do direito norte-americano no que tange à exceção de Romeu e Julieta – Romeo and Juliet Law, que

pode servir de inspiração, inclusive, para o legislador brasileiro. O nome de tal legislação advém da obra teatral de William Shakespeare, em que a protagonista Julieta, de apenas treze anos de idade, se relaciona com Romeu, que já possuía dezessete anos. Dessa forma, a norma alienígena prevê que adolescentes com uma diferença etária igual ou inferior a cinco anos não seriam alvo de criminalização, o que certamente evita exageros punitivos.

Nesse sentido, é possível perceber que tal entendimento dos Tribunais norte-americanos já foi utilizado como justificção em alguns casos nos Tribunais brasileiros, como se pode notar abaixo em julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul e do Estado de São Paulo, respectivamente:

APELACAO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ESTUPRO DE VULNERAVEL – EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA - ABSOLVICAÇÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Poderíamos traduzir, com vista a utilização de seus conceitos por aqui, como Exceção de Romeu e Julieta, inspirada nos célebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de William Shakespeare. Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de 05 anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. E, conseqüentemente, em uma relação consentida, não haveria crime. (TJ/MS. Apelação - 0022701-25.2012.8.12.0001 - Campo Grande. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Ano XIII, Publicado em: 31/01/2014 – grifos nossos)

[...] com o tempo se verificou que a aplicação pura e simples da norma sobredita conduzia a exageros punitivos, razão pela qual se editou uma legislação visando conter o furor da irracionalidade penal. Tal lei, apelidada de Romeo and Juliet Law, afasta a criminalização em todos os casos no quais os envolvidos não tenham uma diferença de idade superior a cinco anos. Este parâmetro ofertado pela legislação e jurisprudência alienígenas certamente poderia servir de base para uma orientação dos operadores do direito na aplicação comedida da regra penal contida no art. 217 – A, CP quando envolva sexo consensual entre menores. [...] a aplicação da medida socioeducativa acarretaria violação ao bem jurídico protegido, já que atingiria o bom desenvolvimento sexual do adolescente maior de 14 (quatorze) anos, e não tutelaria o adolescente não maior de 14 (quatorze) anos. [...] (Processo nº 0008066-58.2011.8.26.0268. Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: Quarta-feira, 26/06/2013. DJE – Caderno Judicial – 1ª Instância – Interior – Parte II. São Paulo, Ano VI – Edição 1443 249)²⁷.

Sendo assim, o objetivo de toda essa explanação não é esgotar o debate sobre o assunto, longe disso, mas sim demonstrar que a lei penal, quando trata da punição integral do delito de estupro de vulnerável em relação aos adolescentes entre doze e quatorze anos, não verbaliza as possíveis singularidades que podem surgir com o caso concreto. Em se tratando das diversas situações expostas acima, e das que serão tratadas no próximo capítulo, a

²⁷ GARCIA, Poliana Pereira. A relativização causuística da vulnerabilidade etária. Disponível em <https://jus.com.br>. Acesso em 09.10.2019.

aplicação fria e automática da legislação pode propiciar arbitrariedades, sendo estas, muitas vezes irreparáveis, dado que uma vez tendo alguma mácula criminal seja de que ordem for, esta repercute sobremaneira na vida social do indivíduo.

4. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS TENDO COMO PARÂMETRO A APLICAÇÃO ABSOLUTA DO PRECEITO DE VULNERABILIDADE

A despeito de tudo que foi tratado anteriormente, tendo como parâmetro todas as incongruências da lei penal em relação ao preceito etário objetivo na figura típica do estupro de vulnerável, o presente capítulo tem como intuito expor situações reais que ocorreram na jurisprudência pátria, demonstrando que a aplicação direta da legislação, do modo como se encontra atualmente, pode causar danos e injustiças por demais arbitrários, não condizentes com um Estado Democrático de Direito.

O primeiro caso a ser analisado, retirado da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais²⁸, trata sobre um fato ocorrido em meados de 2012, na cidade e comarca de Lavras, em que o acusado, que possuía 20 anos, por várias vezes, em datas distintas naquele período, praticou conjunções carnais com a vítima, sua namorada, à época com 13 anos de idade, resultando, inclusive, em uma gravidez. Conforme consta do acórdão proferido, inúmeros são os elementos que atestam que a vítima havia iniciado relacionamento amoroso com o acusado por livre e espontânea vontade e, da mesma forma, com ele mantido relação sexual, não demonstrando qualquer ressentimento ou constrangimento pelos fatos quando dos seus depoimentos.

²⁸ EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. RELATIVIZAÇÃO. NECESSIDADE. ATO SEXUAL PRATICADO COM PLENO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ERRO DE TIPO. DESCONHECIMENTO ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA. 1. Sendo patente o amadurecimento precoce dos jovens na vida sexual, não se pode mais imperar a tese de presunção absoluta de violência nos casos em que envolva adolescente, sendo necessário avaliar a condição de vulnerabilidade da vítima caso a caso. 2. Restando constatado que o ato sexual foi consentido pela ofendida, a qual já possuía relacionamento amoroso prévio e plena ciência dos seus atos, não há que se falar em ofensa à sua dignidade sexual, de forma a configurar o ilícito descrito no artigo 217-A do Código Penal. 3. Tendo o agente incidido em erro escusável sobre circunstância elementar, qual seja, conhecimento acerca da idade da vítima, resta afastado o dolo da sua conduta. (TJMG - Apelação Criminal 1.0382.12.017068-5/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/07/2018, publicação da súmula em 02/08/2018)

Colhidos os depoimentos em primeira instância, a mãe da menor e sua irmã afirmaram com veemência o consentimento dela quanto aos atos sexuais com o acusado, chegando a mãe da ofendida a transparecer, ainda, a elevada maturidade da mesma, que por diversas vezes se portava de maneira enérgica até em relação aos próprios pais. Dessa forma, constatou-se, sem sombra de dúvidas, que as relações sexuais mantidas com a menor foram em um contexto habitual de relacionamento amoroso, tendo a “vítima” manifestado consentimento perante todos os atos sexuais praticados.

De acordo com o voto do relator, Des. Marcílio Eustáquio Santos,

Em conclusão, em atenção a todo o acervo probatório, tenho que a vulnerabilidade caracterizadora do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal foi sobejamente afastada. Pelos mesmos fundamentos, não se verifica a ofensa ao tipo penal tutelado, qual seja, à dignidade sexual da pessoa, pelo que, em homenagem, inclusive, ao princípio da Intervenção Mínima, entendo ser imperiosa a manutenção da absolvição do apelante, por não se constituir o fato infração penal.

Nesse sentido, a decisão prolatada no acórdão foi para absolver o acusado das imputações, dado que como bem afirmou o Des. Marcílio Santos, não se verificou no caso concreto em comento, uma ofensa ao bem jurídico tutelado, isto é, à dignidade sexual da vítima, uma vez que ficou mais que demonstrado o consentimento real para as relações sexuais, assim como a maturidade da menor.

Outro caso interessante de ser analisado ocorreu perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁹ e trata sobre o fato que se deu entre os meses de janeiro e fevereiro de 2016, na comarca de Tuparendi, em que o denunciado manteve conjunção carnal com a vítima, com 13 anos de idade à época do fato, em contexto de relacionamento amoroso.

De acordo com o que consta no acórdão do caso referido, ao ser ouvida, a vítima afirmou ser namorada do réu há mais de um ano. Relatou que iniciou o relacionamento

²⁹ APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE. ATO SEXUAL CONSENTIDO ENTRE A VÍTIMA DE 13 ANOS E O RÉU, SEU NAMORADO, DE 19 ANOS. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. A prova carreada aos autos revela a prática livre e consentida de relação sexual entre o acusado e a ofendida, ambos jovens e com pouca diferença de idade, os quais ainda vivem juntos, em união estável, desde a data dos fatos, ou seja, há mais de dois anos. Destarte, viável a relativização da presunção de vulnerabilidade, mormente em não se verificando que a jovem tenha sofrido qualquer constrangimento físico ou psíquico para a prática de conjunção carnal com o réu, fato ocorrido na casa deste, onde ambos residem juntos. E dos relatos desta última se extrai que a menina cedeu aos apelos do recorrente, seu namorado, em virtude de seu próprio desejo libidinoso e curiosidade sexual, inerente à produção hormonal própria da puberdade, não podendo ser considerada ingênua ou absolutamente incapaz de entender as consequências de seus atos. APELO PROVIDO PARA ABSOLVER O ACUSADO. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO. (Apelação Crime, Nº 70078253101, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em: 07-11-2018)

amoroso com o réu quando ainda possuía 13 anos de idade, oportunidade em que mantiveram a primeira relação sexual. Mencionou, ainda, que o réu estava ciente de sua idade e que sempre tiveram a aprovação de seus pais. Ademais, declarou contundentemente que ela e o acusado detêm um ótimo relacionamento e que o denunciado nunca a forçou a nada.

Ainda presente no acórdão estão as informações de que o genitor da vítima, ouvido em juízo, possuía ciência de todo o relacionamento do réu e da vítima, sendo que o aprovou desde o início, após verificar que o denunciado se tratava de pessoa de boa índole. Da mesma forma, o réu relatou que iniciou o relacionamento com a vítima em 15 de fevereiro de 2016, sob prévia aprovação dos pais da menor. Afirmou também que, logo no início do namoro, mantiveram relação sexual, quando a vítima ainda não havia completado 14 anos de idade, e, após o segundo mês de relacionamento passaram a residir juntos, situação que permanece até os dias atuais. Ainda, disse que a vítima já não era mais virgem quando mantiveram relações sexuais pela primeira vez.

Sendo assim, ficou demonstrado que autor e “vítima” já possuíam relacionamento estável quando tiveram a primeira relação sexual, sendo que o namoro de ambos é de conhecimento da família da menor desde o início, tendo o acusado boa convivência com todos. Nesse sentido, a relatora Des.^a Cristina Pereira Gonzales, em seu voto, asseverou:

Desta forma, o caso concreto requer o afastamento ou relativização da presunção de violência. Em que pese a jovem seja considerada vulnerável para fins penais, em virtude de se tratar de menor de 14 anos na época do fato, a avaliação de seu grau de conscientização para a prática sexual não permite a aplicação da letra fria da lei. Isso porque a ofendida B. M., em seu depoimento, relatou que namora com o acusado, com quem reside, e que ele não foi seu primeiro namorado e parceiro sexual, não podendo, desta feita, considerá-la ingênua ou absolutamente incapaz de entender as circunstâncias do fato. Anoto também que a pouca diferença de idade entre a vítima, com 13 anos de idade, e o acusado, com 19 anos, demonstra não ter havido entre eles temor reverencial ou domínio psicológico. Pelo contrário, o que se percebe é que a menina cedeu aos apelos do recorrente em virtude de seu próprio desejo libidinoso e curiosidade sexual, inerente à produção hormonal próprios da puberdade. Ainda vale dizer que o Código Penal, ao determinar a idade limítrofe de 14 anos para fins de conceituação do vulnerável, não acompanhou a evolução dos comportamentos na sociedade contemporânea, principalmente no que concerne à sexualidade dos jovens.

Perante os casos concretos analisados, casos esses que não são escassos na jurisprudência brasileira, pode-se concluir que em ambas as situações, acusado e vítima possuíam um relacionamento amoroso contínuo, autorizado pelos genitores da menor, sendo que as relações sexuais não passavam de demonstrações íntimas de afeto, não possuindo nenhuma mácula de violência e abuso sexual. Dessa maneira, acertados foram os

entendimentos pela absolvição dos denunciados. Contudo, no cenário legislativo atual, tal decisão não subsistiria, uma vez que os Tribunais Superiores possuem entendimento pela presunção absoluta de vulnerabilidade, mesmo em casos de pleno consentimento e experiência sexual anterior, estando tal entendimento, inclusive, exarado no recente §5º do artigo 217-A do Código Penal.

Ao observar com cuidado as particularidades dos casos concretos expostos, infere-se que a condenação de tais réus a um crime da natureza do estupro de vulnerável, que possui caráter hediondo e penas elevadíssimas, não possui nenhum amparo nos princípios que regem o Estado Democrático de Direito. O Direito Penal pós-moderno não deve se ocupar de fatos desprovidos de qualquer gravidade, ou ser aplicado para a tutela de todos os bens jurídicos. Pelo contrário, ele deve ser visto como a *última ratio* do sistema, sendo aplicado a condutas que apresentem efetiva gravidade e demandem repressão firme, sendo desproporcional quando utilizado para tutelar bem jurídico que não tenha sofrido qualquer lesão.

5. CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento do presente estudo, pôde-se concluir que de fato o entendimento pela presunção de vulnerabilidade absoluta resta consolidado na legislação brasileira atual. A breve retomada histórica, juntamente com uma análise dos aspectos sociais e políticos que impulsionam a própria sexualidade, permitiram perceber o fenômeno em questão sob uma perspectiva mais ampla, reconhecendo os mecanismos de poder atuantes para promover uma gestão penal do sexo, assim como as conjunturas de cada época que influenciaram a mudança da legislação.

Entretanto, conforme foi demonstrado, a menoridade, na espécie, não pode servir como fato absoluto no sentido da prática de crime. Não se pode fechar os olhos à realidade, e aplicar mecanicamente a norma penal incriminadora, até porque não se pode admitir que o Estado desconsidere, de forma tão contundente, a realidade de nossos tempos e intervenha tão drasticamente na vida dos indivíduos a ponto de punir o amor e o sentimento.

O Direito Penal não é estático. Ele deve se amoldar às transformações da realidade, acompanhar o desenvolvimento cada vez mais rápido e precoce das crianças e adolescentes, que cada vez mais cedo tem contato intenso, inclusive nos meios de comunicação (TV e Internet) com as questões afetas aos relacionamentos afetivos e sexuais, deixando de criminalizar condutas em que há manifesta maturidade das partes em decidir pela prática ou não do ato sexual.

A anterior previsão de violência no estupro para os menores de 14 anos de idade, incluída no conceito de vulnerabilidade pela lei 12.015/09, não pode ser considerada absoluta, principalmente a que tange aos indivíduos entre 12 e 14 anos, para o fim de submeter à norma penal a toda e qualquer conduta que se amolde, formalmente, ao tipo legal. Dessa forma, a interpretação da norma penal deve ser feita de forma abrangente e conectada à realidade social em que está inserida, sob pena de incorrer em excesso, e punir condutas totalmente desprovidas de gravidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Amanda; DE LIMA, Hessen Handeri. **O estupro de vulnerável e a presunção relativa da vulnerabilidade, quanto aos menores de 14 anos**. Revista acadêmica FENORD, p. 134-156, 29 maio 2018. Disponível em: <http://www.fenord.edu.br/revistaacademica/revista2014/textos/art07revaca2.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública** / Cezar Roberto Bitencourt. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. STJ. 6ª Turma. **REsp n. 46.424-2/RO**. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+46424&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 13.10.2019, às 9h50.

BRASIL. **Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 de set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 10 de set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 10 de set. 2019.

BRAYNER, Yan Rêgo. **Exceção de romeu e julieta x súmula 593 do STJ, uma discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos nos crimes contra a dignidade sexual**. Portal Nacional dos Delegados & Revista da Defesa Social, 21 nov. 2017. Disponível em: <https://delegados.com.br/noticia/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-do-stj>. Acesso em: 25 set. 2019.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2** / Paulo César Busato. – 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

CARAMIGO, Denis. **O estupro de vulnerável e sua vulnerabilidade absoluta**. Canal Ciências Criminais, 29 maio 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-vulneravel-vulnerabilidade/>. Acesso em: 30 set. 2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José - **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado** / Murillo José Digiácomo e Ildeara Amorim Digiácomo - Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017. 7ª Edição.

ESTACHESKI, Dulceli de Lourdes Tonet. **Da promessa ao processo: crimes de defloramento em Castro (1890-1916)**. Anais do I Simpósio sobre Estudos de Gênero e Políticas Públicas, Universidade Estadual de Londrina, p. 13, 24 jun. 2010. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/2.Dulceli.pdf>. Acesso em: 21 set. 2019.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais. Comentários à Lei n. 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais (1974-1975)**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque) 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 21.

FOUCAULT, Michel. **Seguridad, Territorio e Población**. Curso em el Collège de France: (1977- 1978) Buenos Aires: Fondo De Cultura Econômica, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCIA, Poliana Pereira. **A relativização causuística da vulnerabilidade etária**. Disponível em <https://jus.com.br>. Acesso em 09.10.2019.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A discursividade do sexo em Michel Foucault e a repressão penal à sexualidade**. Raízes Jurídicas, v. 03, ed. 02, p. 333-356, jul/dez 2007.

MARTINS, José Salgado. **Sistema de direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

MYSSIOR, André. **Comentários Sobre a Nova Lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009**. Ciência Jurídica, Belo Horizonte, v. 24, n. 153, p. 451-466, mai./jun. 2010, p. 461.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica**. Bauru/SP: Javoli, 1980.

REALE JUNIOR, Miguel. **Direito penal: jurisprudência em debate** / coordenador Miguel Reale Júnior. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. Vários autores.

RIPOLLES, José Luis Diez. **El Derecho Penal ente el sexo**. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual), 1981, p. 158-159.

SILVA, Luana de Carvalho. **Carne e culpa: Notas sobre a gestão penal do sexo**. 2012. 1 v. 277 p. Tese (Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

STF. HABEAS CORPUS: **HC 73.662/MG, Relator Min. MARCO AURÉLIO**, Publicação DJ 20-09-1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em: 21/10/2019.

STF, HABEAS CORPUS: **HC nº 097052/PR. Relator: Min. Marco Aurélio.** Data publicação: 21.05.96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo34.htm>> Acesso em: 17/10/2019.

STJ, RECURSO ESPECIAL: **REsp. Nº 1.480.881 – PI, Relator: Min. Rogério Schietti Cruz,** Data da publicação: 10/09/2015. Disponível em: <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/REsp-1.480.881-PI.pdf>> Acesso em: 21/10/2019.

STJ, RECURSO ESPECIAL: **REsp 46424 RO 1994/0009401-9, Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro,** Data de Julgamento: 14/06/1994, T6- Sexta Turma, Data de Publicação: 08/08/1994. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564896/recurso-especial-resp-46424-ro-1994-0009401-9/inteiro-teor-100333301?ref=juris-tabs>> Acesso em: 18/10/2019.

TINOCO, Antônio Luiz Ferreira. **Código Criminal do Império do Brazil anotado.** Brasil: Senado Federal, 2003. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496203>> Acesso em 20/09/2019.

TJGO, APELAÇÃO: 1º Câ. Crim., **Ap. 365244-53.2011.8.09.0141, Relator: Des. Jairo Ferreira Jr.,** Data de Julgamento 2.7.2013, public. 7.8.2013. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/102484995/djgo-secao-iii-20-10-2015-pg-9>> Acesso em 17/10/2019.

TJMG - **Apelação Criminal 1.0382.12.017068-5/001, Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos,** 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/07/2018. Disponível em < <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0382.12.017068-5/001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>> Acesso em 23/10/2019.

TJRS, **Apelação Crime, Nº 70078253101, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales,** Julgado em: 07-11-2018. Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648934494/apelacao-crime-acr-70078253101-rs?ref=juris-tabs>> Acesso em: 21/10/2019.