

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIA REZENDE PRADO

**O CRITÉRIO ETÁRIO ADOTADO PELO ARTIGO 217-A DO
CÓDIGO PENAL E A (A)TIPICIDADE MATERIAL DAS
RELAÇÕES SEXUAIS MANTIDAS COM O
CONSENTIMENTO DE ADOLESCENTES**

Vitória
2019

MARIA REZENDE PRADO

**O CRITÉRIO ETÁRIO ADOTADO PELO ARTIGO 217-A DO
CÓDIGO PENAL E A (A)TIPICIDADE MATERIAL DAS
RELAÇÕES SEXUAIS MANTIDAS COM O
CONSENTIMENTO DE ADOLESCENTES**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor mestre Felipe Teixeira Schwan.

Vitória
2019

MARIA REZENDE PRADO

**O CRITÉRIO ETÁRIO ADOTADO PELO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO
PENAL E A (A)TIPICIDADE MATERIAL DAS RELAÇÕES SEXUAIS
MANTIDAS COM O CONSENTIMENTO DE ADOLESCENTES**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV,
como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mse. Felipe Teixeira Schwan
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

A presente monografia analisa os bens jurídicos da liberdade sexual e da dignidade sexual, ambos protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como a temática da presunção da vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos de idade, prevista no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal brasileiro – se absoluta ou relativa. A partir daí, aborda a (in)coerência da escolha do legislador pela idade de 14 (quatorze) anos, considerando a mudança da maturidade sexual ao longo dos anos e o que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora seja a vulnerabilidade absoluta do menor de 14 (quatorze) anos de idade um entendimento consolidado pelas Cortes Superiores e positivado pela Lei 13.718/18, verifica a possibilidade de ser debatida pela doutrina e pela jurisprudência a relativização dessa vulnerabilidade com relação ao menor de 14 (quatorze) anos e maior de 12 (doze) anos de idade, em determinados casos concretos, buscando também analisar, com base no princípio da ofensividade, a tipicidade material das relações sexuais mantidas com adolescentes.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Consentimento. Vulnerabilidade.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 05 |
| 1 O BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: NOÇÕES CONCEITUAIS | 07 |
| 1.1 A DIGNIDADE SEXUAL ENQUANTO BEM JURÍDICO | 11 |
| 1.2 A LIBERDADE SEXUAL ENQUANTO BEM JURÍDICO | 13 |
| 2 A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 16 |
| 2.1 A VULNERABILIDADE ABSOLUTA E A VULNERABILIDADE RELATIVA | 17 |
| 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO FRENTE ÀS MUDANÇAS DA MATURIDADE SEXUAL | 19 |
| 2.3 A LEI 13.718/18 E A VULNERABILIDADE | 22 |
| 2.4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE <i>VERSUS</i> O ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL | 23 |
| 3 OS REFLEXOS NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA DA (IN)VALIDADE DO CONSENTIMENTO NAS RELAÇÕES SEXUAIS MANTIDAS COM ADOLESCENTES | 25 |
| 3.1 A INCOERÊNCIA ENTRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL | 25 |
| 3.2 A POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DOS ADOLESCENTES MAIORES DE 12 (DOZE) ANOS E MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS DE IDADE | 28 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 32 |
| REFERÊNCIAS | 34 |

INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 217-A, trata sobre o crime de estupro de vulnerável, tendo adotado um critério puramente objetivo e biológico para definir a vulnerabilidade do sujeito passivo, qual seja, pessoa menor de 14 (quatorze) anos de idade. Tal artigo dispõe, *in verbis*:

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) anos¹.

Dessa maneira, o contato sexual com menor de 14 (quatorze) anos sempre será tipificado como crime, independentemente do consentimento, eis que a vulnerabilidade é considerada absoluta até essa idade.

Essa posição se sustenta no argumento de que a prática de atividades sexuais, até a referida faixa etária, não decorre de uma decisão consciente, tida, inclusive, como prejudicial ao desenvolvimento sexual, psicológico e/ou emocional do indivíduo.

É importante mencionar que o aludido entendimento foi consolidado na Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e foi recentemente adotado pela Lei nº 13.718, de 24 de Setembro de 2018, que incluiu o parágrafo 5º, no artigo 217-A, do Código Penal brasileiro, dispondo:

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se **independentemente do consentimento da vítima** ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime². (grifo nosso)

Entretanto, essa temática ainda é passível de discussões, na medida em que a pura adoção de um critério objetivo e de um padrão de “normalidade” é temerário frente a variação dos costumes sexuais em relação ao tempo, ao lugar e à cultura.

¹ BRASIL, **Código Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

² BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de Setembro de 2018. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 set. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1>. Acesso em: 01 mar. 2019.

Nessas circunstâncias, por meio de uma análise dialética doutrinária, jurisprudencial e legal, busca-se discutir se o critério biológico, atualmente adotado, é o mais adequado para estabelecer a vulnerabilidade do sujeito passivo do delito previsto no artigo 217-A, do Código Penal.

Portanto, o presente estudo, ao discutir o critério etário adotado pelo crime de estupro de vulnerável, almeja responder à crucial indagação: **seriam materialmente atípicas as relações sexuais mantidas com o consentimento de adolescentes?**

1 O BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: NOÇÕES CONCEITUAIS

Inicialmente, define-se “bem” sempre como algo positivo, que traz algum provento, alguma vantagem. Em um viés material, entende-se como “bem” algo capaz de satisfazer as necessidades do indivíduo, visto que integra o seu patrimônio. Além disso, quando se fala em bem comum, remete-se ao êxito coletivo. Desse modo, o “bem” está diretamente vinculado aos interesses humanos, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista ético e moral.

Existem bens que são tutelados pelo Direito e são considerados indispensáveis à vida em coletividade e, por conta disso, merecem amparo. A partir dessa seleção, o bem se transforma em um **bem jurídico**³.

De acordo com Hans Welzel, o Direito Penal possui duas funções: a função ético-social e a função preventiva⁴. A primeira diz respeito ao objetivo de garantir o pleno desenvolvimento das relações e do convívio social, por meio da seleção e da proteção dos bens jurídicos fundamentais, vindo, conseqüentemente, o Direito Penal a criminalizar as condutas capazes de afetar gravemente esses bens jurídicos e estabelecer os limites da liberdade dos indivíduos na vida comunitária.

Já a função preventiva do Direito Penal surge por meio da função ético-social, vez que o Direito Penal, em um primeiro momento, protege o comportamento daquela maioria capaz de manter uma mínima vinculação ético-social, ou seja, que participa de uma construção positiva da vida em sociedade e, em um segundo momento, reage à violação ao ordenamento jurídico-social com a imposição de pena correspondente⁵. O jurista alemão Hans Welzel acredita que

O Direito Penal objetiva, assim, assegurar a validade dos valores ético-sociais positivos e, ao mesmo tempo, o reconhecimento e a proteção desses valores,

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 50.

⁴ *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. v. 1. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 61.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. v. 1. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 62.

que, em outros termos, caracterizam o conteúdo ético-social positivo das normas jurídico-penais⁶.

Isto posto, pode-se concluir que a soma dos bens jurídicos constitui a própria ordem social, sendo que há uma diversidade na tentativa de conceitualização de bem jurídico por parte da doutrina, mas entende-se, majoritariamente, que ele se traduz em valores que a própria sociedade elenca como fundamentais para uma coexistência pacífica, valores estes que são protegidos pelo Direito⁷. Bianchini, Molina e Gomes conceituam bem jurídico como sendo

o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo⁸.

Ainda sobre o assunto, Claus Roxin atesta que

podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos⁹.

Paulo Queiroz define bem jurídico penal como sendo “todo valor ou interesse (individual ou coletivo) legitimamente protegível penalmente”¹⁰. Além disso, esse interesse que constitui um bem jurídico penal deve ser apurado periodicamente, visto a evolução das tradições e dos costumes.

A Constituição Federal é a principal fonte dos bens jurídicos penais e exerce uma função orientadora da atividade seletiva estatal. Ilustrando, tem-se como bens jurídicos fundamentais a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, a

⁶ *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. v. 1. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 61.

⁷ GODOY, Regina Maria Bueno de. **Bem jurídico penal**. 2010. 122 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 55.

⁸ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 232.

⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18-19.

¹⁰ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: Parte Geral. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

honra, dentre outros¹¹. Todavia, também é possível uma tutela de bens jurídicos que não estão expressos no texto da Carta Magna, desde que possuam valores que sejam com ele compatíveis.

Em suma, pode-se definir o bem jurídico como um bem existencial necessário ao ser humano e justamente pelo seu significado social merece um cuidado e proteção legal. Para René Ariel Dotti, o bem jurídico é um dos cardeais do Direito Penal, sendo que

o conceito de crime não se esgota no bem jurídico, porém não é possível a compreensão do crime sem a lesão de um bem da vida social, assim reconhecida através do juízo de antijuridicidade¹².

Outrossim, vale destacar que o bem jurídico, de certo modo, limita a atividade do Estado, por ser fruto de um consenso democrático em um Estado de Direito, e, dessa maneira, o Estado só pode intervir na liberdade dos indivíduos a partir do momento em que ocorrer violação ao bem jurídico protegido.

Também conhecido como princípio da proteção dos bens jurídicos, o princípio da ofensividade – ou lesividade – é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e traz a ideia de que nenhuma intervenção penal pode ser considerada legítima se não for constatada uma lesão efetiva a algum interesse humano de grande relevância¹³. De acordo com Fernando Capez,

a função principal da ofensividade é a de limitar a pretensão punitiva estatal, de maneira que não pode haver proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos. O legislador deve se abster de formular descrições incapazes de lesar ou, pelo menos, colocar em real perigo o interesse tutelado pela norma. (...) O intérprete também deve cuidar para que em específico caso concreto, no qual não se vislumbre ofensividade ou real risco de afetação do bem jurídico, não haja adequação na descrição abstrata contida na lei. Em vista disso, somente restará justificada a intervenção do Direito Penal quando houver um ataque capaz de colocar em concreto e efetivo perigo um bem jurídico. Delineando-se em termos precisos, a noção de bem jurídico poderá exercer papel fundamental como mecanismo garantidor e limitador dos abusos repressivos do Poder Público. Sem afetar o bem jurídico, não existe infração penal¹⁴.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 50.

¹² *apud* GODOY, Regina Maria Bueno de. **Bem jurídico penal**. 2010. 122 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 19.

¹³ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 305.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 15 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44.

Isto posto, somente podem ser consideradas criminosas as condutas lesivas à um bem jurídico penalmente tutelado. Caso não haja efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, a conduta do agente é materialmente atípica, mesmo que prevista em um tipo penal incriminador, ou seja, mesmo que possua tipicidade formal.

Do princípio da ofensividade decorrem outros princípios¹⁵, quais sejam: princípio da alteridade, princípio da adequação social e o princípio da insignificância. Pelo princípio da alteridade, a conduta será materialmente atípica quando a ação ou omissão do agente não lesar bens jurídicos de terceiros e, dessa maneira, o Direito Penal não pode se ocupar de comportamentos que impliquem na autolesão.

Segundo o princípio da adequação social, a conduta será considerada materialmente atípica se, embora descrita na norma penal, for socialmente adequada. E, por fim, de acordo com o princípio da insignificância, a conduta será materialmente atípica se o resultado for irrelevante para o Direito Penal, muito embora gere lesão a bem jurídico de terceiro.

Desta feita, observada qualquer das situações supramencionadas, a tipicidade material será afastada e, por conseguinte, o agente não responderá penalmente por sua conduta.

Nessa perspectiva, é autorizado afirmar que qualquer intervenção penal deve estar indiscutivelmente condicionada à existência de uma lesão ao bem jurídico, o que se traduz no chamado “princípio da ofensividade”. Israel Domingos Jorio afirma que

se o Estado pode intervir – e pode, já que o municiamos com coercitividade para que possa tutelar nossos interesses, e seu método paradoxal é a limitação de interesses para a proteção de interesses –, somente pode fazê-lo nessa restrita hipótese: **quando sua ação for necessária para salvar os bens dos súditos das lesões alheias**¹⁶. (grifo nosso)

Ainda no mesmo sentido, de acordo com Guilherme de Souza Nucci,

¹⁵ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 305.

¹⁶ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 305.

a boa lida do bem jurídico, captando-o em todos os tipos penais incriminadores, analisando-o e conferindo-lhe o merecido alcance e abrangência, favorece – e muito – a atividade do operador do Direito, permitindo-lhe construir a justa aplicação do Direito Penal compatível com o Estado Democrático de Direito¹⁷.

É importante destacar também que uma vez que o Direito Penal representa a *ultima ratio* do sistema, a ele são reservados os bens jurídicos considerados mais relevantes, “focando-se as mais arriscadas condutas, que possam, efetivamente, gerar dano ou perda ao bem tutelado”¹⁸.

Dessa forma, este primeiro capítulo busca elucidar o conceito de bem jurídico, sendo objetos primordiais de análise os bens jurídicos da dignidade sexual e da liberdade sexual, para uma melhor compreensão dos crimes sexuais no ordenamento brasileiro.

1.1 A DIGNIDADE SEXUAL ENQUANTO BEM JURÍDICO

É de conhecimento geral que os direitos fundamentais se referem a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, às vezes, nem sobrevive. Assim, tais direitos devem ser formalmente reconhecidos e materialmente efetivados.

Com base em Pérez Luño, a expressão *direitos fundamentais do homem* “seria uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”¹⁹.

Em outras palavras, é a partir dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos que o indivíduo adquire segurança jurídica de que seus direitos básicos serão respeitados e poderão ser reivindicados perante o Estado, quando desrespeitados forem.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 51.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 51.

¹⁹ *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 178.

O fundamento dos direitos fundamentais é a dignidade humana, a qual é inerente as pessoas, independentemente de suas características individuais. No ordenamento brasileiro, a dignidade da pessoa humana constitui um princípio fundamental, que se traduz no direito que toda pessoa possui de dispor de uma vida digna e gozar de uma existência qualificada.

Nesse quadro, existem eventos e circunstâncias que são consideradas atentatórias à dignidade humana pela maioria dos povos, sendo a escravidão e a tortura alguns exemplos dessa violação, o que fez com que a própria dignidade tenha passado a ser afirmada como um atributo humano universal²⁰.

Uma das facetas da dignidade humana é a dignidade sexual que, enquanto bem jurídico tutelado pelo Estado, diz respeito à íntima e privada vida sexual do ser humano, “permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja interferência estatal ou da sociedade”²¹.

Então, a vítima de um crime contra a dignidade sexual é aquela que foi coagida, física ou moralmente, a participar da satisfação da lascívia do agente, de forma que não ofereceu consentimento válido para o ato. Nesse viés, para Guilherme de Souza Nucci,

no campo da dignidade sexual abomina-se qualquer espécie de constrangimento ilegal, muito embora até mesmo a violência pode ser aceitável, desde que realizada entre adultos, com aquiescência. **O ponto específico de tutela penal, enfim, é a coerção não consentida para o ato sexual**²². (grifo nosso)

Nessa mesma ótica, Israel Domingos Jorio atesta que

toda vez que um ser humano é coisificado, transformado em objeto, identificamos uma lesão à sua dignidade. [...] Pessoas que não são capazes de compreender e tomar decisões relativas à vida sexual, e que não devem ter contato com o sexo, sob pena de consideráveis prejuízos físicos,

²⁰ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 30.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 31.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 31.

psicológicos e emocionais, são tornados meios para o alcance de um fim alheiro. **São feitos objetos, meras coisas, usados por outrem para o descarrego da lascívia.** Explorados por terceiros na busca egoísta da satisfação sexual²³. (grifo nosso)

Portanto, todos são titulares de dignidade sexual, que está ligada à sexualidade humana, ou seja, ao conjunto de fatos da vida sexual de cada indivíduo, sendo incabível qualquer intromissão estatal, a não ser para coibir atuações violentas contra adultos e agressivas à formação de crianças e de adolescentes.

1.2 A LIBERDADE SEXUAL ENQUANTO BEM JURÍDICO

A liberdade sexual, por sua vez, diz respeito àquelas pessoas que possuem capacidade de compreender e de tomar decisões sobre suas práticas sexuais, havendo, por conta disso, um espaço ainda menor para a intervenção do Estado.

De acordo com Damásio de Jesus, a liberdade sexual “é o direito de dispor do próprio corpo, de selecionar os parceiros e de praticar livremente os atos do sexo”²⁴. Por conseguinte, o Estado fica obrigado a respeitar as escolhas individuais, já que não é permitido pressupor lesões.

Nessa mesma perspectiva, para Cezar Roberto Bitencourt, a liberdade sexual da mulher e do homem é

o direito de exercerem a sua sexualidade, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem²⁵.

Então, pode-se dizer que a liberdade sexual enquanto bem jurídico é uma categoria mais concreta, enquanto a dignidade sexual possui um sentido mais amplo. De acordo com Renato Marcão e Plínio Gentil,

²³ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 31.

²⁴ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial. 23 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. v. 4. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2017. p. 49-50.

Liberdade sexual é categoria mais concreta, que significa uma esfera de ação em que o indivíduo – e só ele – tem o direito de atuar, e atuar livremente, sem ingerências ou imposições de terceiros. A liberdade sexual diz respeito diretamente ao corpo da pessoa e ao uso que dele pretende fazer. Ao punir condutas que obriguem o indivíduo a fazer o que não deseja, ou a permitir que com ele se faça o que não quer com o próprio corpo, a norma penal está tutelando sua liberdade sexual²⁶.

Assim, diferentemente da dignidade sexual, são titulares da liberdade sexual aquelas pessoas que possuem plena capacidade de decidirem sobre suas vidas sexuais e dessa forma, o objetivo da proteção da liberdade sexual pelo Direito Penal é o de manter em poder do indivíduo não vulnerável a possibilidade de decidir a forma de exercer a sexualidade.

Ainda sobre a diferença entre liberdade sexual e dignidade sexual, Luciane Potter assevera:

Nos crimes sexuais que envolvem crianças e adolescentes, mais do que a liberdade sexual, são violadas também a integridade física, psíquica e a dignidade da pessoa humana, pois a sexualidade em crianças e adolescentes, jovens cujas personalidades ainda se encontram em desenvolvimento, não se pode, conseqüentemente, falar em “liberdade sexual” ou autonomia para determinar seu comportamento no âmbito sexual²⁷.

Em suma, “ao proteger a liberdade sexual, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual individual, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual de cada um e direito de escolha”²⁸.

Portanto, é possível concluir que todos são titulares da dignidade sexual, enquanto só possuem liberdade sexual os indivíduos considerados não vulneráveis, capazes de decidirem sobre sua vida sexual.

Dada a importância dos bens jurídicos mencionados, o Código Penal brasileiro criminaliza a lesão ao bem jurídico da liberdade sexual em seu artigo 213, que diz respeito ao estupro e à capacidade do indivíduo não vulnerável de exercer a

²⁶ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao título VI do Código Penal. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 46.

²⁷ *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. v. 4. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2017. p. 101.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. v. 4. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2017. p. 50.

sexualidade, bem como tipifica a lesão ao bem jurídico da dignidade sexual em seu artigo 217-A, referente ao estupro de vulnerável, o qual será melhor aprofundado no capítulo seguinte.

2 A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O bem jurídico tutelado pelo artigo 217-A do Código Penal Brasileiro é a dignidade sexual, já que as pessoas vulneráveis, consoante entendimento preponderante, não possuem a capacidade de oferecerem um consentimento válido para a prática de atos sexuais e, dessa maneira, não possuem “liberdade sexual”²⁹.

Entende-se, majoritariamente, que o menor de 14 (quatorze) anos não possui discernimento e maturidade para decidir sobre sua vida sexual, sendo essa presunção de ausência de maturidade absoluta.

Conforme Andreucci, vulnerável significa

[...] frágil, com poucas defesas, indicando a condição daquela pessoa que se encontra suscetível ou fragilizada numa determinada circunstância. Pode ainda indicar pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, estabelecidas entre elas e a sociedade envolvente, transformadas em desigualdade³⁰.

Para os fins do mencionado artigo 217-A do Código Penal, as pessoas vulneráveis são as menores de 14 (quatorze) anos e aquelas que, independente da idade, se encontram na situação de deficientes mentais ou enfermas, despidas do discernimento necessário para a prática do ato libidinoso, bem como aquelas pessoas que, também independente da idade, estejam em uma situação que não sejam capazes de oferecerem resistência.

Portanto, o que difere a tutela penal da dignidade sexual dos vulneráveis e dos não vulneráveis é justamente a liberdade de escolha, vez que, para a jurisprudência e para a doutrina majoritária, aqueles não possuem as condições necessárias para fazerem uma escolha livre e consciente. Sobre o assunto, diz Israel Domingos Jorio:

Parte-se do pressuposto de algumas pessoas não estão prontas para iniciar sua vida sexual. A prática de atividades sexuais, em tal faixa etária, é

²⁹ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 135.

³⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 252.

entendida como indigna, eis que não decorre de decisão consciente. Além disso, é tida como prejudicial ao próprio desenvolvimento sexual, psicológico ou emocional do indivíduo. Ainda que exista seu consentimento, e que elas se suponham em condições de discernir e de escolher, falta-lhes maturidade, nos mais diversos sentidos da palavra, para que sua decisão seja verdadeiramente consciente e o contato sexual seja visto como saudável³¹.

O critério adotado pela legislação penal brasileira foi especificamente o biológico, segundo o qual, ninguém com menos de 14 (quatorze) anos de idade é capaz de fornecer um consentimento válido, sendo esta vulnerabilidade absoluta.

Sendo assim, no Brasil, a prática de atos sexuais com menores de 14 (quatorze) anos de idade, não importando o consentimento, o seu grau de maturidade emocional, o seu desenvolvimento físico, sua experiência sexual e sua relação afetiva com o sujeito ativo, sempre será crime.

2.1 A VULNERABILIDADE ABSOLUTA E A VULNERABILIDADE RELATIVA

Na literatura jurídica, podem ser encontradas duas espécies de vulnerabilidade, a absoluta e a relativa. A primeira é a que foi adotada no artigo 217-A do Código Penal, configurando crime sempre que o sujeito passivo for menor de 14 (quatorze) anos, enfermo ou doente mental sem discernimento para a prática de atos sexuais e/ou não puder oferecer resistência.

A vulnerabilidade relativa, majoritariamente, é a vulnerabilidade da pessoa maior de 14 (quatorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos e a de quem teve dificultada ou impedida a livre manifestação da vontade³².

Entretanto, há autores que acreditam que a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos e maior de 12 (doze) anos também deve ser relativizada, com base nos critérios psicológico e biopsicológico, diante das mudanças comportamentais ocorridas na

³¹ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 149.

³² MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao título VI do Código Penal. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 199.

sociedade, bem como do que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, assuntos que serão trabalhados ao longo deste estudo.

Conforme dito anteriormente, o critério atualmente adotado pelo Brasil para definir a vulnerabilidade do sujeito passivo, é o critério biológico, de modo que ninguém com menos de 14 (quatorze) anos de idade é considerado capaz de fornecer um consentimento válido, independentemente de ter tido experiências sexuais anteriores e mesmo se existir um possível relacionamento amoroso com o sujeito ativo. Logo, a vulnerabilidade é absoluta.

Entretanto, apesar de ser esse o entendimento majoritário, acredita-se ser ainda cabível um debate acerca da temática, podendo-se discutir qual o critério seria o mais adequado para estabelecer a intocabilidade das pessoas consideradas vulneráveis.

Diferentemente do critério biológico, o critério psicológico não se atém a idade do sujeito passivo e é somente a partir do exame das características da vítima em cada caso concreto que se chega à definição da vulnerabilidade, sendo esta, portanto, relativa. À vista disso, para este critério, “não há óbices a priori, de modo que pessoa de 10 anos de idade pode vir a ser considerada dotada de capacidade para decidir sobre sua vida sexual”³³.

Há, ainda, o critério biopsicológico, segundo o qual a idade deve estar sempre associada com a maturidade e com a capacidade de compreensão da vítima. Então, por este critério, não bastaria que a vítima fosse menor de 14 (quatorze) anos de idade, sendo imprescindível que ela não tenha capacidade de compreensão³⁴.

³³ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 150.

³⁴ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 150.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO FRENTE ÀS MUDANÇAS DA MATURIDADE SEXUAL

Não há dúvidas de que os costumes sexuais se modificam constantemente conforme o tempo, o lugar e a cultura. Diferentes períodos ao longo dos séculos contribuíram para a construção dos costumes tutelados pela lei penal. Tanto é assim que o próprio título do Código Penal que trata da matéria vem sofrendo diversas reformas no decorrer dos anos.

Neste cenário, pesquisas apontam que os jovens iniciam a vida sexual cada vez mais cedo. A enquete denominada "Durex Global Sex Survey" concluiu que, no Brasil, os jovens perdem a virgindade aos 13 anos, em média³⁵.

Ademais, apesar de a primeira relação completa, com penetração, ser hoje mais frequente entre 13 (treze) e 15 (quinze) anos de idade, as pesquisas mostram que as experiências sexuais iniciais acontecem muito antes disso, já que, atualmente existe um estímulo muito mais precoce do que há alguns anos, por meio da televisão e principalmente da internet³⁶.

Vale destacar também que o local e a cultura influenciam diretamente no início da vida sexual, tendo pesquisas mostrado que adolescentes de periferia, devido a uma maior exposição, iniciam sua vida sexual ainda mais cedo.

Nesse mesmo sentido, análises realizadas pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e pela Secretaria de Saúde de Vitória revelam, inclusive, que a gravidez de adolescentes está mais presente nas localidades periféricas³⁷.

³⁵ D'ELBOUZ, Yannik. Jovens começam vida sexual cada vez mais cedo; veja como agir. In: **UOL Universa**, Rio de Janeiro, 19 mai. 2015. Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2015/05/19/jovens-comecam-vida-sexual-cada-vez-mais-cedo-veja-como-agir.html>>. Acesso em: 04 out. 2018.

³⁶ D'ELBOUZ, Yannik. Jovens começam vida sexual cada vez mais cedo; veja como agir. In: **UOL Universa**, Rio de Janeiro, 19 mai. 2015. Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2015/05/19/jovens-comecam-vida-sexual-cada-vez-mais-cedo-veja-como-agir.html>>. Acesso em: 04 out. 2018.

³⁷ DIAS, Eduardo. Periferia de Vitória tem 4 vezes mais mães adolescentes: no Estado, uma criança dá à luz por dia. **CBN Vitória**. Vitória, 07 mar. 2018. Disponível em:

Nessas circunstâncias, a Secretaria de Estado de Saúde (Sesa) informa que 16.637 adolescentes tiveram filhos, em 2016 e 2017, no Estado do Espírito Santo, sendo que 779 desses casos foram com meninas de 10 (dez) a 14 (quatorze) anos de idade³⁸.

Frente a todas essas mudanças sociais e comportamentais, torna-se imperioso o estudo da evolução do crime de estupro de vulnerável no ordenamento jurídico brasileiro.

O “Código Criminal do Império do Brazil” de 1830, embora não se referindo ao crime de estupro de vulnerável, punia, em seu artigo 219, a conduta de deflorar ou raptar a mulher menor de dezessete anos. A virgindade da mulher era o aspecto a ser protegido pela Lei, havendo, inclusive, uma diferenciação entre mulher honesta e a prostituta.

Já o Código Criminal de 1890, dispunha, em seu artigo 266, parágrafo único:

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

Pena - de prisão cellular por um a seis annos.

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

Neste Código de 1890, a presunção da violência era absoluta e esta era presumida sempre que a pessoa ofendida fosse menor de 16 (dezesesseis) anos, como dizia seu artigo 272.

O legislador de 1940, por sua vez, continuou com a presunção de violência do Código anterior, mas esteve atento às mudanças sociais e comportamentais nos 50 anos que se passaram entre os Códigos, alterando a idade de 16 (dezesesseis) anos para 14 (quatorze) anos.

<http://www.gazetaonline.com.br/cbn_vitoria/reportagens/2018/03/periferia-de-vitoria-tem-4-vezes-mais-maes-adolescentes-1014121849.html>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁸ DIAS, Eduardo. Periferia de Vitória tem 4 vezes mais mães adolescentes: no Estado, uma criança dá à luz por dia. **CBN Vitória**. Vitória, 07 mar. 2018. Disponível em: <http://www.gazetaonline.com.br/cbn_vitoria/reportagens/2018/03/periferia-de-vitoria-tem-4-vezes-mais-maes-adolescentes-1014121849.html>. Acesso em: 12 out. 2018.

Criou-se, por meio do antigo artigo 224 do Código Penal, a fórmula da presunção da violência, envolvendo os menores de 14 (quatorze) anos, os alienados, os débeis mentais e aqueles que não pudessem oferecer resistência e, assim, considerava-se violenta a relação sexual com pessoa menor de 14 (quatorze) anos ou com pessoa que não possuísse discernimento, sendo, portanto, a violência presumida.

O tipo penal previsto no artigo 217-A do Código Penal, incluído pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe a denominação “vulnerável”, sem mencionar o termo “violência presumida”, o qual era frequentemente alvo de contestação. Contudo, a discussão sobre o caráter absoluto ou relativo da presunção de violência permaneceu, agora na figura da vulnerabilidade.

Então, embora a Lei 12.015/2009, após quase 70 (setenta) anos, tenha alterado o Título VI da Parte Especial do Código Penal – que dispõe sobre os crimes contra a dignidade sexual, a regra dos 14 (quatorze) anos foi mantida.

De acordo com Israel Domingos Jorio,

as mudanças sociais e comportamentais nos últimos 70 anos são indubitavelmente mais intensas e dinâmicas do que as que se verificaram entre 1890 e 1940. É inegável que o desenvolvimento físico tem ocorrido desde mais cedo, e que por uma constelação de fatores, adolescentes entre 13 e 14 anos tomam contato com os assuntos ligados à sexualidade com muito mais frequência e neutralidade³⁹.

Dessa forma, Guilherme de Souza Nucci aduz que “o legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas, sendo incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade”⁴⁰.

Em síntese, passados mais de 70 anos desde o Código Penal de 1940, a regra dos 14 (quatorze) anos vem sendo conservada, mesmo diante das inúmeras modificações nos costumes sexuais ao longo do tempo.

³⁹ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 151.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 114.

2.3 A LEI 13.718/18 E A VULNERABILIDADE

Hodiernamente, os Tribunais Superiores têm se manifestado no sentido de que a vulnerabilidade das pessoas menores de 14 (quatorze) anos é absoluta, chegando a reiteração desse entendimento culminar, em 2017, na edição da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça em 2017, que preceitua o seguinte:

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.

Ademais, a Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018, que implementou algumas modificações nos delitos contra a dignidade sexual, adicionou o parágrafo 5º ao artigo 217-A do Código Penal, positivando o entendimento já consolidado na jurisprudência, que se refere justamente à irrelevância do consentimento da vítima, no crime de estupro de vulnerável, dispondo, *in verbis*:

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se **independentemente do consentimento da vítima** ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime⁴¹. (grifo nosso)

Essa vulnerabilidade absoluta, hoje sumulada e positivada pela Lei 13.718, é o entendimento majoritário, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, e nesse sentido Israel Domingos Jorio sustenta que

para a jurisprudência dominante, então, não importa se a vítima tem um desenvolvimento corporal biofisiológico compatível com a atividade sexual. É irrelevante, também, que já tenha experiências sexuais anteriores e apresente desenvoltura comportamental indicativa de um grau de maturidade suficiente para compreender em toda a sua extensão o sentido dos atos sexuais, bem como para consentir validamente com sua realização. Nem mesmo a reunião de tais condições e sua associação com um relacionamento estável parece ter o condão de afastar a configuração do delito. A fórmula é matemática: vítima menor de 14 anos = vulnerabilidade absoluta⁴².

⁴¹ BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de Setembro de 2018. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 set. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1>. Acesso em: 01 mar. 2019.

⁴² JORIO. Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 154.

Firmado o entendimento pela jurisprudência majoritária de que a vulnerabilidade é *sempre* absoluta, é possível que injustiças ocorram? Além disso, seria possível relativizar essa vulnerabilidade diante de cada casuística mesmo se tratando de um entendimento consolidado? É o que será discutido no capítulo 3 deste estudo.

2.4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE *VERSUS* O ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, chamada de Estatuto da Criança e do Adolescente, visa à proteção integral da criança e do adolescente. Esta Lei estabelece, em seu artigo 2º, que criança é a pessoa com menos de 12 (doze) anos de idade e adolescente a pessoa que possui entre 12 (doze) anos completos e 18 (dezoito) anos⁴³.

De acordo com o artigo 112 do mesmo diploma normativo, em caso de cometimento de ato infracional, o adolescente pode ser responsabilizado, devendo a autoridade competente aplicar a este menor infrator medidas sócioeducativas, quais sejam:

- 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 VI⁴⁴.

Não há dúvidas de que adultos, crianças e adolescentes são pessoas desiguais e, por isso, não devem ser tratadas da mesma forma. Nesse contexto, diferentemente da criança, o adolescente poderá ser submetido às medidas socioeducativas, sendo notório seu caráter punitivo. Assim, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a

⁴³ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 4 mar. 2019.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 4 mar. 2019.

diferença entre uma pessoa de 11 (onze) anos e uma pessoa de 13 (treze) anos é abissal.

É autorizado destacar, então, que, para a legislação específica, a idade de 14 (quatorze) anos prevista no artigo 217-A do Código Penal não desempenha qualquer papel e não possui significado especial.

Sobre o assunto, Israel Domingos Jorio salienta que

enxerga-se grau de responsabilidade e maturidade suficientes para que o adolescente seja submetido a uma privação da liberdade por até três anos. Mas sua incapacidade, inocência, fragilidade, imaturidade, inexperiência ou, como quis o legislador, vulnerabilidade, volta a ser total quando o assunto envolve a sexualidade⁴⁵.

Nesse viés, é incoerente considerar que um adolescente pode ser punido pelas suas más decisões comportamentais e ao mesmo tempo não ser capaz de decidir sobre os rumos da sua vida sexual? É o que também será aprofundado no próximo capítulo.

⁴⁵ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 157.

3 OS REFLEXOS NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA DA (IN)VALIDADE DO CONSENTIMENTO NAS RELAÇÕES SEXUAIS MANTIDAS COM ADOLESCENTES

3.1 A INCOERÊNCIA ENTRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

Já foi explicitado que o Estatuto da Criança e do Adolescente não distingue a pessoa que possui 13 (treze) anos daquela que conta com 17 (dezesete) anos de idade, ao passo que, para o mesmo diploma normativo, uma pessoa de 11 (onze) anos e outra de 13 (treze) apresenta uma diferença colossal.

Nesse viés, para a legislação menorista, a idade de 14 (quatorze) anos estabelecida no artigo 217-A do Código Penal brasileiro não possui qualquer significado especial, tratando-se apenas de uma mera escolha do legislador.

Isso porque, no Estatuto da Criança e do Adolescente, o marco da passagem da água para o vinho foi estabelecido aos 12 (doze) anos de idade, o que não guarda coerência com a idade de 14 (quatorze) anos prevista no artigo 217-A do Código Penal.

Mesmo diante das mudanças da maturidade sexual ao longo do século, o legislador penal brasileiro optou por manter a idade de 14 (quatorze) anos. Para Nucci,

[...] enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. [...] A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual⁴⁶. (grifo nosso)

Como mencionado anteriormente, é inegável o caráter punitivo das medidas socioeducativas que podem ser aplicadas a adolescentes que cometerem atos infracionais, enquanto as crianças, por mais grave que seja o ato praticado, não serão

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 114.

alvos de medidas socioeducativas, mas apenas de medidas de proteção, as quais não possuem natureza sancionatória⁴⁷.

Nesse sentido, é um contrassenso considerar que um adolescente pode ser punido pelas suas más decisões comportamentais e, ao mesmo tempo, não possa decidir sobre sua vida sexual.

E as incoerências só aumentam. Caso dois adolescentes de 13 anos de idade pratiquem atos libidinosos recíprocos, já que o ato infracional é análogo ao estupro de vulnerável, seria aplicada a medida de internação para ambos? Por essa lógica, sim.

Merece destaque também o artigo 68 da Lei 12.594/2012, o qual prevê, desde que comprovado o casamento ou união estável, a visita íntima, no estabelecimento estatal onde se encontra recolhido o menor infrator. Tal medida consagra a própria realidade atual, vez que grande parte dos menores de 18 (dezoito) anos já começaram sua vida sexual.

Contudo, ao mesmo tempo que esta lei incentiva a visita íntima para adolescentes, o Código Penal tipifica como estupro de vulnerável qualquer ato libidinoso praticado com menor de 14 (quatorze) anos, configurando mais uma incoerência legislativa⁴⁸.

Logo, essas contradições seriam reduzidas se a idade de 14 (quatorze) anos prevista no artigo 217-A do Código Penal fosse alterada para os 12 (doze) anos, seguindo, assim, as previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Até porque, de acordo com Israel Domingos Jorio,

a criança, completamente desprovida das condições necessárias ao reconhecimento de **qualquer grau de responsabilidade**, é vulnerável. Ao adolescente, que possui responsabilidade suficiente para ser punido, não deve ser atribuída essa mesma vulnerabilidade⁴⁹. (grifo nosso)

⁴⁷ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 156.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 114.

⁴⁹ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 158.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci salienta que

Diante desse conflito aparente de normas, parece-nos razoável concluir que a partir dos 12 anos o indivíduo é adolescente, tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, internado, por seus atos infracionais. Logo, não deve ser considerado um completo incapaz para ter relação sexual, como faz crer o preceituado pelo art. 217-A do Código Penal. **Eis a razão pela qual parece-nos sustentável apontar como relativa a vulnerabilidade do menor de 14, porém maior de 12⁵⁰.** (grifo nosso)

O princípio da ofensividade, já comentado, justifica o argumento defendido, vez que o adolescente, ao possuir condições de ser punido pelos seus maus comportamentos, não pode ser considerado totalmente irresponsável e, por isso, não há motivos para presumi-lo absolutamente vulnerável, de modo que, relações sexuais mantidas consensualmente com adolescentes não podem ser consideradas crimes, eis que inexistente lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo.

Para Paulo Queiroz, “a proteção penal não pode ter lugar quando for perfeitamente possível uma autoproteção por parte do próprio indivíduo, sob pena de violação ao princípio da lesividade”⁵¹. Nessas circunstâncias, o adolescente, munido de responsabilidade, possui capacidade de decidir sobre sua vida sexual e assim, passa a ter liberdade sexual, desaparecendo a noção da violação de sua dignidade sexual.

Portanto, com seu consentimento válido, embora ainda haja tipicidade formal, não há tipicidade material, pois não há lesão ao bem jurídico tutelado pelo artigo 217-A do Código Penal, qual seja, a dignidade sexual⁵².

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 115.

⁵¹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte especial**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 580.

⁵² JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 158.

3.2 A POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DOS ADOLESCENTES MAIORES DE 12 (DOZE) ANOS E MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS DE IDADE

Ainda que se assuma que as cortes superiores tenham entendimento consolidado no sentido de que a vulnerabilidade dos menores de 14 (quatorze) anos de idade é absoluta, há de se considerar que existe entendimento doutrinário divergente e que guarda coerência com o ordenamento jurídico vigente.

Dessa forma, muito embora seja um entendimento consolidado, sumulado e positivado, a vulnerabilidade absoluta do menor de 14 (quatorze) anos ainda é passível de discussão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Segundo Miguel Teixeira de Sousa,

[...] a ciência do direito - e, no caso concreto, a ciência processual, não pode aceitar acriticamente uma construção lógico-conceitual à qual é atribuída um valor *a priori* que não pode ser questionado nem discutido. Ao receber essa construção como dogma, a ciência processual demite-se da sua função crítica e, através de uma tão surpreendente como inaceitável sobrevivência da metodologia característica da jurisprudência dos conceitos, submete a análise da realidade aos parâmetros de uma construção conceitual apriorística⁵³.

Muitos doutrinadores defendem que a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos de idade deve ser relativizada a depender do caso concreto, vez que a realidade prática, por muitas vezes, se apresenta de uma forma distinta do que foi proposta na lei e, assim, se a realidade for ignorada na hora da aplicação da norma, é possível que injustiças ocorram.

Nesse viés, Guilherme de Souza Nucci elenca que

a proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continua a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter *relativo* ou *absoluto* da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura

⁵³ SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da prioridade da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). In: **Revista de processo**, n. 63. São Paulo: RT, 1991. p. 65.

da *vulnerabilidade*, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. É viável 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? **A posição que nos parece acertada é a da vulnerabilidade relativa. 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**⁵⁴. (grifo nosso)

Ainda no mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt diz:

Quando o legislador previu o *estupro de vulnerável*, sem tipificar o “constrangimento carnal”, mas tão somente a prática sexual com menor de quatorze anos ou deficiente ou enfermo mental, considerou como sujeito passivo alguém *absolutamente vulnerável*, ou seja, portador de vulnerabilidade máxima, extrema, superlativa. A suavidade da conduta tipificada – ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – contrastante com a pena cominada – oito a quinze anos de reclusão – indiscutivelmente destina-se à “violência sexual” contra vítima altamente vulnerável. E é natural que assim seja! Mas a realidade prática pode não se apresentar com toda essa gravidade, ainda que se revele intolerável e, por isso mesmo, também grave e merecedora de proteção penal. É possível, em outros termos, que tenhamos, *in concreto*, uma vulnerabilidade relativa, mesmo em sujeitos com idades ou deficiências previstas neste dispositivo legal, ou seja, que por circunstâncias ou peculiaridades pessoais ou particulares não é de todo vulnerável, isto é, não pode ser considerado absolutamente vulnerável⁵⁵.

Por outro lado, lamentavelmente, sem alguma explicação detalhada para tal postura, a não ser pela pressão sofrida por entidades de proteção infanto-juvenil, tem prevalecido, nos Tribunais brasileiros o entendimento da vulnerabilidade dos menores de 14 (quatorze) anos de idade ser absoluta.

Entretanto, em determinados casos, nos quais o consentimento do menor está presente, há juízes decidindo por relativizar a vulnerabilidade – nunca abaixo dos 12 (doze) anos – como demonstram julgados recentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a título de exemplos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA IDADE DA VÍTIMA. RELATIVIZAÇÃO DIANTE DAS CIRCUNSTANCIAS DO CASO CONCRETO. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. **SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.** No

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 113-114.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. v. 4. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2017. p. 107.

especial caso dos autos, a prova produzida no curso da persecução penal empresta trânsito à relativização da vulnerabilidade, isso porque, **embora menor de quatorze anos, as relações sexuais havidas entre a vítima (12 anos de idade) e o acusado (36 anos de idade), consistentes em conjunção carnal, foram consentidas, não podendo o réu ser responsabilizado por conduta advinda de união de vontades e desígnios. Vítima e réu que mantiveram relacionamento afetivo, inclusive possuindo um filho juntos, sendo que esse assumiu a paternidade e pensiona ao filho. Ausência de prova de ameaça ou submissão. Impositiva, portanto, a manutenção da absolvição. RECURSO DESPROVIDO**⁵⁶.

APELAÇÕES CRIMINAIS. RECURSO DEFENSIVO E MINISTERIAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA IDADE DA VÍTIMA. RELATIVIZAÇÃO DIANTE DAS CIRCUNSTANCIAS DO CASO CONCRETO. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. **No especial caso dos autos, a prova produzida no curso da persecução penal empresta trânsito à relativização da vulnerabilidade, isso porque, embora menor de quatorze anos, as relações sexuais havidas entre a vítima (12 anos de idade) e o acusado (23 anos de idade), consistentes em conjunção carnal, foram consentidas, não podendo o réu ser responsabilizado por conduta advinda de união de vontades e desígnios. Vítima e réu possuíam relacionamento afetivo, de ciência dos familiares daquela. Ausência de prova de ameaça ou submissão. Impositiva, portanto, a absolvição.** Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovido de ambos recursos. RECURSO DA DEFESA PROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO⁵⁷. (grifo nosso)

Tais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais revelam que, apesar de se tratar de um entendimento já positivado e sumulado, é importante continuar a discussão da temática proposta para o presente trabalho monográfico.

Logo, é importante destacar que o critério biológico, atualmente adotado no Brasil, realmente se mostra como sendo o mais adequado para definir a vulnerabilidade do sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável, pois traz maior segurança jurídica, vez que trabalha com dado objetivo.

Entretanto, pelas razões expostas, é preciso estabelecer uma idade que guarde coesão com o próprio ordenamento jurídico e que “funcione como fronteira inarredável

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70080263833, Quinta Câmara Criminal. Relator: Lizete Andreis Sebben. DJ: 27/03/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/698206451/apelacao-crime-acr-70080263833-rs?ref=serp>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70079185146, Quinta Câmara Criminal. Relator: Lizete Andreis Sebben. DJ: 21/11/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657262812/apelacao-crime-acr-70079185146-rs?ref=serp>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

da área de incidência da norma incriminadora”⁵⁸, a qual parece-nos ser a de 12 (doze) anos.

Conforme alude Paulo Queiroz,

ao menos em relação a adolescentes (maiores de doze anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário à previsão legal de vulnerabilidade, de modo a afastar a imputação de crime sempre que se provar que, em razão de maturidade (precoce), o indivíduo de fato não sofreu absolutamente constrangimento ilegal algum, **inclusive porque lhe era perfeitamente possível resistir, sem mais, ao ato**⁵⁹. (grifo nosso)

Dessa forma, pelos argumentos apresentados, entende-se que a vulnerabilidade dos menores de 12 (doze) anos de idade deve continuar sendo absoluta, vez que a criança é absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar sua vontade de forma livre e autônoma.

Em contrapartida, a vulnerabilidade dos maiores de 12 (doze) anos e menores de 14 (quatorze) anos de idade, deve ser relativizada, já que estes, além de possuírem capacidade de responderem pelos seus maus comportamentos, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, também possuem capacidade de oferecem um consentimento válido para a prática de atos sexuais.

Portanto, em síntese, a relativização da vulnerabilidade dos maiores de 12 (doze) anos e menores de 14 (quatorze) anos de idade se faz necessária, vez que estes, a depender do caso concreto, possuem o discernimento suficiente e necessário para a prática do ato e assim, não mais podem ser considerados como absolutamente vulneráveis.

Dessa forma, frente aos casos em que adolescentes praticam atos sexuais consentidos, o agente não pode ser responsabilizado por conduta advinda de união de vontades e, por falta de tipicidade material, a absolvição torna-se medida imperiosa.

⁵⁸ JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 155.

⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte especial**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 580-581.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 217-A, *caput*, define como absolutamente vulneráveis todos aqueles menores de 14 (quatorze) anos de idade. Ademais, a Lei 13.718/18, ao adicionar o §5º ao mesmo dispositivo legal, positivou a vulnerabilidade absoluta, de forma que não importa o consentimento da vítima ou o fato de ela ter praticado relações sexuais anteriormente.

Durante muito tempo discutiu-se, no Brasil, o caráter da presunção da violência – se relativo ou absoluto – prevista no antigo artigo 224 do Código Penal. Dessa maneira, apenas a criação de um novo tipo penal, qual seja, o artigo 217-A do Código Penal, não seria suficiente para sepultar as discussões acerca desse tema, agora pautado na figura da *vulnerabilidade*.

Destaca-se que a escolha da idade de 14 (quatorze) anos pelo legislador foi completamente aleatória e arbitrária e, portanto, não pode ser analisada de forma absoluta, especialmente porque ele não esteve atento às mudanças sociais e comportamentais da sociedade brasileira, encontrando-se travado na idade de 14 (quatorze) anos de idade há décadas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, estabelece ser adolescente o maior de 12 (doze) anos de idade, enquanto, de forma inexplicável, a proteção penal ao menor de 14 (quatorze) anos continua dura e inflexível.

Dessa maneira, considerar que o maior de 12 (doze) anos, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, possui responsabilidade suficiente para responder pelos seus atos ilícitos e ao mesmo tempo, pelo Código Penal, não possui capacidade de escolher os rumos da sua vida sexual é um tanto quanto contraditório.

O adequado seria ao menos unificar esse entendimento e considerar que o menor de 14 (quatorze) anos e maior de 12 (doze) anos é capaz de oferecer um consentimento válido em relação aos atos sexuais.

É importante salientar que a proteção à criança, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda deve ser absoluta no cenário sexual, vez que as crianças não possuem desenvolvimento (físico, psicológico e emocional) completo, sendo penalmente inimputáveis e assim, incapazes de fornecerem um consentimento válido para a realização de qualquer ato sexual.

Não há como negar que embora seja um entendimento positivado e sumulado, a temática da vulnerabilidade absoluta do sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável ainda é passível de discussão, tanto pela doutrina quanto pela própria jurisprudência.

Trata-se de um tema diretamente ligado à realidade brasileira e, por isso, a vulnerabilidade do adolescente menor de 14 (anos) de idade não pode ser enxergada como absoluta, sendo necessário relativizá-la quando este oferecer consentimento válido para a prática de atos sexuais – o que guarda coesão com o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, pautando-se no princípio da ofensividade, é autorizado concluir que as relações sexuais mantidas com o consentimento de adolescentes, ainda que menores de 14 (quatorze) anos de idade, são materialmente atípicas, já que este, munido de responsabilidade frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, também deve ter liberdade sexual, ou seja, capacidade de escolha sobre sua vida sexual.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral 1**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal: parte especial**. v. 4. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2017.

BRASIL, **Código Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 4 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.718, de 24 de Setembro de 2018. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 set. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Lei nº 12.594, de 18 de Janeiro de 2012. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70080263833, Quinta Câmara Criminal. Relator: Lizete Andreis Sebben. DJ: 27/03/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/698206451/apelacao-crime-acr-70080263833-rs?ref=serp>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70079185146, Quinta Câmara Criminal. Relator: Lizete Andreis Sebben. DJ: 21/11/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://tj->

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657262812/apelacao-crime-acr-70079185146-rs?ref=serp>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Eduardo. Periferia de Vitória tem 4 vezes mais mães adolescentes: no Estado, uma criança dá à luz por dia. **CBN Vitória**. Vitória, 07 mar. 2018. Disponível em: <http://www.gazetaonline.com.br/cbn_vitoria/reportagens/2018/03/periferia-de-vitoria-tem-4-vezes-mais-maes-adolescentes-1014121849.html>. Acesso em: 12 out. 2018.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **Bem jurídico penal**. 2010. 122 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial. v. 3. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao título VI do Código Penal. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. **Curso de direito penal**: parte especial. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da prioridade da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). In: **Revista de processo**, n. 63. São Paulo: RT, 1991.