



# PUC

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

---

**A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE  
VULNERABILIDADE POR CRITÉRIO ETÁRIO NOS  
CRIMES SEXUAIS**

**por**

**SAVIGNY GONÇALVES DE SOUSA DA SILVA**

**ORIENTADOR: SÉRGIO CHASTINET DUARTE  
GUIMARÃES**

**2014.2**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

# **RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE POR CRITÉRIO ETÁRIO NOS CRIMES SEXUAIS**

**Por**

**SAVIGNY GONÇALVES DE SOUSA DA SILVA**

Monografia apresentada ao  
Departamento de Direito da  
Pontifícia Universidade Católica do  
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a  
obtenção do Título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Sérgio Chastinet  
Duarte Guimarães

**2014.2**

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, a Deus, que sempre me possibilitou enfrentar com equilíbrio e sabedoria os percalços e desafios da vida sem fraquejar.

Aos meus pais, Valmir Gonçalves da Silva e Maria Ivanisa de Sousa, pilares maiores da minha vida, aos quais devo todas as minhas realizações pessoais, acadêmicas e profissionais.

A todos os meus amigos, de infância e atuais, com os quais sempre tive a oportunidade de compartilhar angústias e celebrar alegrias e conquistas. Só vocês entendem o meu objetivo, o sumiço, a falta de tempo, o cansaço e a indisponibilidade que o mister acadêmico, por vezes, exige.

Ao Prof. Sérgio Chastinet Duarte Guimarães, meu orientador, pelo empenho dedicado à elaboração desse trabalho.

A todos aqueles que de algum modo, nos momentos serenos ou apreensivos, sempre me estenderam a mão e me apoiaram nessa árdua, porém, prazerosa, caminhada acadêmica.

*“Muitas vezes, com a minha fácil e irreprimível exaltação, fui provocador de acalorados debates, em que todos nos empenhávamos, imprimindo ondulações na superfície de nosso até então invariável ‘manso lago azul’. Não me arrependo de tê-lo feito. Tenho aversão às águas estagnadas, que só servem para emitir eflúvios malignos ou causar emanações mefíticas.”*

(Nelson Hungria)

## **RESUMO**

Buscar-se-á, através da presente dissertação, uma aproximação entre a atividade judicante e a realidade social no campo da sexualidade infantojuvenil, por intermédio do princípio da adequação social. Para tanto, ao longo da exposição, abordar-se-á o contexto histórico da criação do artigo 217-A do Código Penal, destacando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que o envolveram, para então, ao final, após detida análise do atual quadro dogmático que envolve a questão, avaliar possíveis soluções alinhavadas às atuais orientações axiológicas de nossa sociedade à luz de uma abordagem teórica do princípio da adequação social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estupro de vulnerável – Art. 217-A - Conceito de Vulnerabilidade – Presunção de Violência – Adequação Social – Liberdade Sexual – Criança e Adolescente - ECA

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I - CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO SURGIMENTO DA FIGURA TÍPICA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A).....</b>	<b>9</b>
1.1 ORIGEM DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....	10
1.2 EMBATE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO ACERCA DA NATUREZA DA PRESUNÇÃO.....	16
1.3 A SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/2009 .....	19
<b>CAPÍTULO 2: GENERALIDADES DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL .....</b>	<b>22</b>
2.1 VERBO NUCLEAR .....	22
2.2 SUJEITO PASSIVO E SUJEITO ATIVO .....	22
2.3 ELEMENTOS NORMATIVOS .....	23
2.4 ELEMENTO SUBJETIVO .....	23
2.5 O BEM JURÍDICO TUTELADO .....	24
<b>CAPÍTULO 3: O ATUAL QUADRO DOGMÁTICO DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE.....</b>	<b>29</b>
3.1 VULNERABILIDADE RELATIVA X VULNERABILIDADE ABSOLUTA .....	29
3.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS .....	30
3.2.1 RELATIVIZAÇÃO APENAS NAS HIPÓTESES DE ERRO DE TIPO .....	30
3.2.2 RELATIVIZAÇÃO NOS CASOS DE EXPERIÊNCIA SEXUAL PRETÉRITA DO MENOR.....	31
3.2.3 RELATIVIZAÇÃO A PARTIR DA CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO DO MENOR.....	35
3.2.4 INCONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA: AFRONTA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO, OFENSIVIDADE .....	38
3.3 EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA .....	43
<b>CAPÍTULO 4: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA LEITURA CONCILIADORA DO PARÂMETRO ETÁRIO ESTABELECIDO.....</b>	<b>58</b>
<b>CAPÍTULO 5: O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....</b>	<b>65</b>

5.1 UM BREVE ESCORÇO TEÓRICO.....	65
5.2 A CHANCELA EMPÍRICA DA APLICAÇÃO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL EM CASOS ENVOLVENDO O DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	71
5.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR CRITÉRIO ETÁRIO .....	75
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>82</b>

## INTRODUÇÃO

Em que pese ter a modificação introduzida pela Lei 12.015/2009 eliminado a terminologia relativa à presunção de violência - expressão presente no antigo art. 224 do Código Penal que autorizava, ao menos aos olhos de parte da jurisprudência e da doutrina, a relativização de sua aplicabilidade -, o novo conceito de vulnerabilidade trazido em seu lugar no artigo 217-A parece não ter colocado fim ao debate travado em torno da possibilidade de se afastar o referido preceito incriminador em determinados casos concretos.

Compulsando os repositórios oficiais da jurisprudência pátria, verifica-se com facilidade que a nova roupagem dada à forma típica do estupro de vulnerável não vem tendo sucesso em sepultar, ao menos como desejou o legislador, os acalorados debates e inquietações havidos há anos nas cortes brasileiras a respeito da natureza da presunção, agora sob o prisma da vulnerabilidade da vítima.

Nesse mister, importantes vozes da doutrina e algumas decisões em sede jurisprudencial têm abandonado o critério etário objetivo do artigo 217-A e avançado para uma interpretação mais elástica da restrita prescrição legal, chegando a perscrutar as condutas anteriores comprometedoras das vítimas, bem como sua capacidade de consentir e, em razão delas, eliminar qualquer aresta de vulnerabilidade.

Nesse sentido, a evolução dos costumes e hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, com a franquia da liberdade sexual de um modo geral, parece apontar para um novo paradigma através do qual orienta-se o intérprete para que o direito penal não dê um tratamento retrógrado, irreal e obsoleto à temática da sexualidade.

É com arrimo no contexto de incertezas acima delineado que o presente trabalho, alicerçado a uma abordagem sistemática da legislação substantiva penal com o diploma normativo protetivo da Criança e do Adolescente, busca



propor uma nova leitura do artigo 217-A do Código Penal à luz do princípio da adequação social - expediente normativo que será utilizado como vetor interpretativo da amplitude do referido tipo penal -, sem, é claro, perder de vista toda a construção teórica já produzida sobre a temática em apreço.

## **CAPÍTULO I - CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO SURGIMENTO DA FIGURA TÍPICA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A)**

A despeito da variedade de *nomen iuris*, o curso normativo das legislações espalhadas ao redor do mundo sempre se ocupou em tutelar, com mais ou menos rigor, na seara do direito penal, a moralidade considerada aceitável pela sociedade em matéria de comportamento sexual dirigido à criança e ao adolescente.

No cenário nacional, a noção de crimes sexuais contra menores remonta ao próprio período colonial, marco histórico a partir do qual, ao menos do ponto de vista formal, o direito pátrio substantivo assumiu o compromisso de repreender a prática de atos sexuais com indivíduos de até determinada faixa etária.

A referida fórmula, desde então, vem sendo reproduzida em nossos diplomas normativos repressivos, amoldando-se, por óbvio, com o passar do tempo, ao desenho institucional e à tábua axiológica da sociedade em que se insere.

A compreensão da atual arquitetura do preceito incriminador do artigo 217-A passa, pois, pela análise da evolução da política criminal de combate à violação da liberdade sexual do menor, bem como do avanço da técnica legislativa utilizada com vistas a garantir uma maior eficácia na proteção desse bem jurídico - contexto em que se insere a problemática figura da presunção de violência.

## 1.1 ORIGEM DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

A construção teórica da figura da presunção de violência tem sua gênese no seio do Direito Romano com base em passagens do Digesto que à época representava a mais importante compilação jurídica com a reunião das decisões dos jurisconsultos romanos - uma espécie de repositório oficial de jurisprudência do Império Romano.

Carpzovio, prático da Idade Média, foi quem primeiro formulou o princípio *Qui velle non potuit, ergo nolui* - adágio que viria a significar "quem não pode querer, não quer, quem não pode consentir, dissente", com base nos ensinamentos dos jurisconsultos Pompônio, que dizia que "os dementes e interditos têm vontade nula", e Celso, para quem o "pupilo nem quer, nem deixa de querer".<sup>1</sup>

Tal ficção jurídica aplicada ao campo dos crimes sexuais resultaria na compreensão de que não sendo a vítima maior de certa idade para que se lhe reconhecesse válido o consentimento, presumir-se-ia que o ato sexual com ela praticado não foi por ela aquiescido, porquanto sequer capacidade para tanto teria.<sup>2</sup>

No Brasil, a presunção de violência nos crimes sexuais, embora à revelia da feição que hoje se apresenta em nosso Código Penal, de uma certa maneira já revelava seus contornos durante o período colonial em que, formalmente, vigorava em nosso território nacional o Direito Lusitano.

Em matéria de direito penal, aplicava-se à época o livro V das Ordenações Filipinas, que trazia dentre suas disposições o delito "Dos que

---

<sup>1</sup> PRADO, Luis Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial* - Arts. 155 a 249. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 5, p. 500

<sup>2</sup> MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.30.

dormem com mulheres órfãs, ou menores que estão a seu cargo" cujo preceito primário restava assim delineado:

E se algum Tutor, ou Curador, **ou outra qualquer pessoa**, que tiver órfã, ou **menor de vinte e cinco annos** em sua caza em guarda, ou por soldada, postoque órfã não seja, stando em fama de virgem postoque virgem não seja, com ella dormir, será constrangido pagar à dita orfã, ou menor, o casamento em dobro, que ella merecer, segundo a qualidade de sua pessoa. E além disso será preso e degradado por oito anos para Africa.<sup>3</sup> (grifou-se)

Nesse período, portanto, em que pese não haver uma menção expressa a presunção de violência, a técnica legislativa utilizada já se valia de um critério etário, a partir do qual, reputava-se sem validade o consentimento do individuo no campo da autodeterminação da liberdade sexual.

É bem verdade que o regime jurídico desse período não chegou a ser eficaz, em razão das próprias peculiaridades reinantes na imensa colônia que, sustentando um feudalismo à moda brasileira, outorgava aos pequenos senhores independentes entre si e distantes do poder fiscalizatório da Coroa, um ilimitado poder de julgar e administrar seus interesses da maneira que melhor lhes conviesse.

Posteriormente, no período imperial, diante da proclamação da independência do Brasil, surgiu em 1824 a primeira Constituição brasileira que trazia em seu texto a previsão da elaboração de um Código Criminal fundado nos preceitos constitucionais da justiça e da equidade<sup>4</sup>.

Assim é que surge, em 1830, o "Código Criminal do Império do Brazil", trazendo em seu corpo normativo, em capítulo destinado aos "Crimes Contra a Segurança da Honra", delito cujo preceito primário incluía dentre suas elementares constitutivas o "defloramento" de mulher virgem, menor de 17 anos. *In verbis*:

---

<sup>3</sup> Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1172.htm>>. Acesso em: 24.08.2014.

<sup>4</sup> Artigo 179, inciso XVIII, da Constituição Política do Império do Brazil de 1824. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 24.08.2014.

*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.*<sup>5</sup>

Imperioso aqui se consignar que já havia naquela época quem entendesse que o defloramento de menor em tenra idade, da qual não se pudesse supor consentimento, deveria subsumir-se ao modelo proibitivo do "estupro clássico", e, portanto, ser capitulado não no artigo 219 supramencionado, mas sim no 222, cujo preceito sancionador era, inclusive, muito mais grave<sup>6</sup>. Veja-se:

*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.*<sup>7</sup>

A questão da presunção de violência, no entanto, só veio a ganhar contornos mais bem definidos com a superveniência do Código Penal de 1890, editado após a proclamação da República, em 1889, e abolição da escravatura, em 1888, que, inclusive, foi a responsável por trazer a necessidade da reelaboração do diploma repressivo.

No referido Código, o legislador previu expressamente, pela 1ª vez, a figura da presunção de inocência no artigo 272, cuja redação era a seguinte:

*Art. 272. Presume-se commettido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.*<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 24.08.2014.

<sup>6</sup> CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. Violência sexual presumida. Curitiba: Juruá, 2005, p. 24.

<sup>7</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 24.08.2014.

<sup>8</sup> Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 24.08.2014.

Muito embora aqui, a situação fática (da idade) já passasse a se revestir de elemento integrante da tipicidade penal do crime de estupro, a discussão acerca da natureza jurídica da referida presunção -se absoluta ou relativa - passou a ocupar as principais pautas de debates um ano após o surgimento da Constituição de 1937, com a elaboração, já no ano seguinte, do anteprojeto do novo Código Penal, submetido a uma comissão revisora integrada por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra.<sup>9</sup>

O expediente da presunção de violência estava previsto neste anteprojeto no artigo 293, com a seguinte redação:

Presumir-se-á a violencia, **não se admitindo prova em contrario**, quando a vítima de qualquer dos crimes definidos nos dois capítulos precedentes: I – fôr menor de 16 anos; II – tiver mais de 16 e menos de 18 anos, e fôr descendente ou tutelada do agente ou estiver sujeita á autoridade, guarda, cuidado ou vigilância dele, por motivo de educação, tratamento, emprego ou custódia; III – encontra-se em estado de alienação mental, ou de inconsciencia, ou de inferioridade física ou psíquica, provocado ou não pelo agente, que lhe impossibilite ou enfraqueça a resistencia. § único – Não haverá, todavia, presunção absoluta de violencia; I – nos casos dos numeros I e II do § 1.º, se a vítima fôr mulher pública; II – no caso do n.º III, se o agente não conhecer, nem tiver motivo para conhecer o estado da vítima.<sup>10</sup>

Como é sabido, a redação supra sofreu diversas modificações antes de adentrar no Código Penal aprovado e publicado em 31 de dezembro de 1940.

Dentre as mudanças operadas aquela que merece especial atenção para a temática aqui tratada diz respeito justamente a supressão da expressão "não se admitindo prova em contrário" outrora prevista na redação original do dispositivo.

Membro da comissão revisora, o saudoso Nelson Hungria, com o brilhantismo que lhe era peculiar, não deixou a referida supressão passar despercebida:

---

<sup>9</sup> DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 144.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, José de Alcântara Machado de. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 229-230

A supressão propositada da cláusula “não admitindo prova em contrário”, do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto Alcântara (que se inspirava no art. 539 do Código italiano), visou justamente abolir a inexorabilidade da presunção. Há também a ilação da exegese sistemática: o Código não transige em caso algum com a responsabilidade objetiva. *Nulla poena sine culpa*.<sup>11</sup>

A redação final, pois, do dispositivo do Código Penal de 1940 com relação à presunção de violência restou consignada no artigo 224, da seguinte forma:

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

*a) não é maior de quatorze anos*

*b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;*

*c) não pode por qualquer outra causa, oferecer resistência*

Com efeito, na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, o legislador, sapiente de que o direito positivo não pode correr à revelia da realidade social, sobretudo no que toca aos crimes sexuais, proclamou a redução da faixa etária dos 16 para 14 anos, para fins de presunção de violência. Na íntegra:

70. Entre os crimes contra a liberdade sexual, de par com as figuras clássicas do estupro e do atentado violento ao pudor, são incluídas a "posse sexual mediante fraude" e o "atentado ao pudor mediante fraude". Estas duas entidades criminais, na amplitude com que as conceitua o projeto, são estranhas à lei atual. Perante esta, a fraude é um dos meios morais do crime de defloramento, de que só a mulher menor de 21 (vinte e um) anos e maior de 16 (dezesesseis) pode ser sujeito passivo. Segundo o projeto, entretanto, existe crime sempre que, sendo a vítima mulher honesta, haja emprego de meio fraudulento (v.g.: simular casamento, substituir-se ao marido na escuridão da alcova). 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 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze), a pena é especialmente aumentada.

**Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (artigo 224) quando a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada**

<sup>11</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 240.

ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância; ou c) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não, pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. **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 dezesseis 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 *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência 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 (quatorze) 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.** Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

Por outro lado, se a incapacidade de consentimento faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia, etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos).<sup>12</sup> (grifou-se)

Se em um primeiro momento a presunção absoluta de violência prevista no Código Penal de 1890 foi chancelada pela quase unanimidade da doutrina - escorada ainda em uma forte ideologia patriarcal da época, é bem verdade -, o mesmo não se pode dizer a partir de 1940.

Não fosse suficiente a propositada supressão da expressão "não admitindo prova em contrário" do anteprojeto Alcântra Machado, a evolução da compreensão da natureza jurídica do instituto da presunção de violência tomou lugar na doutrina e jurisprudência, especialmente após a Constitucionalização do direito penal com a Carta Maior de 1988, culminando em acalorados debates que, de um modo geral, em muito influíram para o atual desenho do artigo 217-A.

---

<sup>12</sup> Disponível em <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibmlink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP#cp>>. Acesso em 28.08.2014.



## **1.2 EMBATE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO ACERCA DA NATUREZA DA PRESUNÇÃO**

Sem a pretensão de, nesse primeiro momento, esgotar toda discussão que ainda hoje gravita em torno da natureza da presunção de violência, a compreensão dos contornos da atual figura do estupro de vulnerável deve passar, sem sombra de dúvidas, pela atividade de racionalização, interpretação e aplicação exercitada pela doutrina e jurisprudência, da antiga presunção de violência contida no extinto artigo 224 do CP.

Segundo o modelo originariamente estabelecido no Código Penal de 1940, a tutela da moralidade e dos bons costumes do menor de 14 anos era exercida através de uma adequação típica mediata do artigo 213 ou 214 c/c 224, "a", todos do Código Penal.

Destarte, nos casos de estupro (artigo 213, do CP) e de atentado violento ao pudor (artigo 214, do CP), quando a vítima tivesse idade igual ou inferior a 14 anos não se fazia necessária a demonstração do emprego de violência física para consumação das figuras típicas citadas, porquanto a vítima, nesses casos, segundo afirmara o próprio legislador na exposição de motivos do Código Penal, não possuiria capacidade para entender o ato sexual e consentir de forma válida.

Não levou muito tempo para se perceber que, por vezes, a aplicação da figura da presunção de violência, na prática, levava a distorções desastrosas, considerando o grau de desenvolvimento físico e mental demonstrado por boa parte dos jovens que, cada vez mais cedo, vinham sendo apresentados à temática da sexualidade outrora tabu.

Instaurou-se assim, no seio da Dogmática Penal, um embate que, de um modo geral, colocou de um lado a doutrina que, majoritariamente, se inclinava

a conferir caráter relativo à presunção de violência<sup>13</sup> e, de outro lado, a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores que se erigia em favor da natureza absoluta da referida presunção<sup>14</sup>.

Inobstante essa bipartição aparentemente bem definida, faz-se mister consignar que, dada a complexidade do tema, não havia consenso por parte da doutrina e da jurisprudência acerca dos fundamentos para construção do raciocínio jurídico a sustentar suas respectivas posições.

Na doutrina, por exemplo, a admissão da possibilidade de se afastar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor consumados através da norma de extensão do artigo 224, ora se dava com arrimo na experiência sexual do menor, ora com base na sua capacidade de autodeterminação na esfera da sexualidade, sem falar nas inúmeras vozes que sustentavam a inconstitucionalidade do dispositivo escorado em uma interpretação absolutista, por violação aos princípios da presunção de inocência, da culpabilidade e da lesividade<sup>15</sup>.

Na jurisprudência, por sua vez, muito embora os Tribunais Superiores, fiéis a uma linha mais conservadora, entendessem à quase unanimidade, que o legislador não deixou a critério do Juízo sentenciante a análise da maturidade do menor, em âmbito Estadual<sup>16</sup>, muitos magistrados passaram a comungar do entendimento doutrinário pela relativização da presunção de violência.

---

<sup>13</sup> CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 31

<sup>14</sup> HC 93.263/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, STF, Julgado em 19/02/2008; HC 94.818/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, STF, Julgado em 24/06/2008; HC 81.268/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, STF, Julgado em 16/10/2001; RHC 79.788/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, STF, Julgado em 02/05/2000; HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, STF, Julgado em 13/02/1998; HC 77.018/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, STJ, Julgado em 17/04/2008; HC 86.808/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, STJ, Julgado em 11/09/2208;

<sup>15</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115

<sup>16</sup> Apelação N.º 1.0878.04.003068-5, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargador Relator: Herculano Rodrigues, Julgado em 04/05/2006; Apelação N.º 3071533/7, Décima Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Relator: Edisson Mesquita de Paula, Julgado em 20/10/2004; Apelação N.º 70029397239, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do

Frise-se que mesmo no âmbito do STF e do STJ, em casos pontuais, já surgiam decisões contramajoritárias no sentido de se considerar *iuris tantum* a presunção de violência conforme a situação do caso concreto.

Foi diante, pois, do quadro de incertezas que se desenhou no seio do Judiciário que o Legislador, movido pelo anseio de por fim a tais controvérsias editou o Projeto de Lei nº 253/2004<sup>17</sup> - que mais tarde daria origem à Lei nº 12.015/2009 - cujo texto fora substancialmente influenciado por considerações feitas pela CPMI sobre "a violência e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes".

Um exame sumário da justificativa do projeto não deixa dúvidas acerca da motivação da proposição da alteração legislativa ao mencionar que o entendimento de alguns julgados ia de encontro ao caráter absoluto preconizado pela CPMI, razão pela qual a vulnerabilidade dos menores de quatorze anos deixaria de entrar no mérito da “violência e sua presunção”, passando a ser tratado como uma “objetividade fática”.

A ideia subjacente ao Projeto de lei era, pois, vedar possíveis interpretações dissonantes da *mens legis* que pudessem resultar na "impunidade dos agressores e na dificuldade de combate a essa situação, facilitando a sua perpetuação".

Surge assim, com a missão de pôr fim a celeuma instaurada em torno do crime sexual em que a vítima é menor, o artigo 217-A, introduzido no Código Penal pela lei 12.015/2009.

---

Rio Grande do Sul, Desembargador Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 18/06/2009; Apelação Crime N.º 70022547483, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 24/04/2008; Apelação N.º 70016825556, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 18/04/2007.

<sup>17</sup> Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730&tp=1>>.

### 1.3 A SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/2009

A lei 12.015/2009 promoveu alterações significativas no diploma substantivo penal, especificamente na estrutura do Título VI da Parte Especial do Código Penal que, a partir dali passaria a vigorar sob a rubrica não mais de "Crimes Contra os Costumes", mas sim "Crimes contra a Dignidade Sexual".

Tal modificação veio a ser bem recepcionada pela doutrina, justamente pela impregnação terminológica de cunho axiológico que o termo "Costumes" trazia para o campo dos crimes sexuais, remetendo os operadores do direito à ultrapassada noção de criminalização vinculada à "moral pública sexual".<sup>18</sup>

A reforma promovida trouxe ainda um novo capítulo destinado aos "Crimes Sexuais Contra Vulnerável", local em que foi inserido o artigo 217-A, com a seguinte redação:

Estupro de vulnerável

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

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

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

§ 2º (VETADO)

---

<sup>18</sup> GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. *Algumas questões problemáticas - e outras nem tanto - sobre a nova disciplina dos crimes sexuais*. In Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: Homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Org. Roberta Duboc Pedrinha e Márcia Adriana Fernandes. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 966

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Conforme se vê, o artigo 217-A não apenas revogou o antigo artigo 224 do Código Penal, como ainda modificou a dinâmica da adequação típica na seara dos crimes sexuais envolvendo menores, não mais sendo necessário o cotejo da norma de extensão para capitulação desse tipo de delito.

Além disso, a terminologia empossada no referido dispositivo, não mais recorre expressamente à ideia de presunção de violência, muito embora o novo conceito de "vulnerável"<sup>19</sup> empregado em seu lugar comporte, segundo parte da doutrina e da própria jurisprudência, exatamente as mesmas ponderações acerca da possibilidade de se afastar a tutela penal em determinados casos concretos.

Sobre o tema, esclarecedoras as considerações tecidas pelo Professor Sérgio Duarte<sup>20</sup>:

É insofismável que a formulação do tipo do artigo 217-A do Código Penal presume que o menor de catorze anos não tem capacidade de consentir com o ato sexual, do que decorre a própria razão de ser da incriminação. Assim não fosse, estaríamos diante de claríssima violação ao princípio da lesividade. O que estaria o Código Penal a proteger se não partisse da autêntica presunção do praxista Carpzóvio, segundo a qual “quem não pode querer, consequentemente dissente, isto é, não quer”?

---

<sup>19</sup> “Trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte especial*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.829.

<sup>20</sup> GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. Algumas questões problemáticas - e outras nem tanto - sobre a nova disciplina dos crimes sexuais. In *Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: Homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Org. Roberta Duboc Pedrinha e Márcia Adriana Fernandes. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 974

Em que pese tais considerações, fato é que a nova figura típica do estupro de vulnerável que exsurge do contexto até aqui descrito fora talhada a partir da clara intenção do legislador de por fim a décadas de controvérsia acerca da "correta" abordagem dos crimes sexuais envolvendo menores, culminando na atual redação do artigo 217-A do CP.

## **CAPÍTULO 2: GENERALIDADES DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Antes de adentrarmos no mérito da discussão que gravita em torno da correta interpretação do artigo 217-A, faz-se mister sedimentarmos, preliminarmente, alguns conceitos de ordem dogmática para uma melhor compreensão do terreno que estamos incursionando.

### **2.1 VERBO NUCLEAR**

O preceito primário do crime de estupro de vulnerável ostenta dois verbos nucleares, a saber: "ter" conjunção carnal e "praticar" outro ato libidinoso.

O verbo "ter" significa conquistar, possuir, experienciar, enquanto o verbo "praticar" nos remete a ideia de realizar, executar, levar a efeito. O que é interessante se notar é que o legislador foi cuidadoso na eleição das condutas do modelo proibitivo, na medida em que ambas buscam afastar a ideia de uma atuação coativa ou violenta por parte de seu agente.

Tanto o verbo "ter" quanto o verbo "praticar" sugerem que a simples prática do ato libidinoso dirigido ao vulnerável já seria o suficiente para configuração do delito em tela, sendo dispensável a aferição acerca do "uso da força" por parte do agente.

É diferente, portanto, do delito de estupro clássico cujo núcleo típico é justamente "constranger", verbo que por excelência nos remete à noção de que a vítima é forçada a realizar alguma coisa que não deseje.

### **2.2 SUJEITO PASSIVO E SUJEITO ATIVO**

O preceito incriminador do delito de estupro de vulnerável não traz qualquer restrição quanto a seu sujeito ativo, razão pela qual, em se tratando de crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa, homens ou mulheres, com a ressalva de que "quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual"<sup>21</sup>.

No que diz respeito ao sujeito passivo, o crime é próprio, somente podendo figurar como vítima pessoa vulnerável ou equiparada. Abarcam-se no referido conceito o menor de 14 anos, o enfermo ou o deficiente mental que não têm o necessário discernimento para a prática do ato, e todos os que, por qualquer motivo, não podem oferecer resistência.

Cumprе salientar que o recorte temático do presente trabalho está adstrito a considerações relativas ao vulnerável em razão de sua idade.

## **2.3 ELEMENTOS NORMATIVOS**

O artigo 217-A encerra em seu preceito primário duas elementares normativas extrajurídicas cuja compreensão nos faz recorrer a uma valoração dentro do campo da medicina legal. São elas a "conjunção carnal" e o "ato libidinoso".

A primeira delas se refere à cópula vagínica pelo pênis, e, inclusive, por sua definição é que sua prática está circunscrita às relações heterossexuais. Já "ato libidinoso" refere-se a toda manifestação física que possui como finalidade satisfazer a lascívia do agente.

## **2.4 ELEMENTO SUBJETIVO**

---

<sup>21</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, v. 3, p. 539



O tipo subjetivo é representado pelo dolo, expresso pela consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do preceito incriminador. Deverá, pois, dentre outras coisas, ter o agente o conhecimento de que a vítima possui menos de catorze anos; caso contrário, sua conduta deverá ser reputada atípica subjetivamente em razão da superveniência de erro de tipo essencial que, a despeito de sua natureza - se vencível ou invencível - sempre excluirá o dolo.

Ademais não há pela descrição do tipo como conceber uma modalidade culposa do delito, porquanto inexistente previsão expressa para tanto.

Por outro lado, haverá casos em que o agente, diante de jovem cuja compleição física sugira sua tenra idade, tenha dúvidas acerca dessa elementar, mas aceite os riscos de praticar atos libidinosos com a menor. Nessa hipótese, poderá o tipo se perfazer por intermédio de dolo eventual.

Há quem sustente ainda doutrinariamente a existência de elemento subjetivo do injusto, consubstanciado na especial finalidade de envolver a outra pessoa em um contexto sexual para satisfazer a própria lascívia.<sup>22</sup>

## **2.5 O BEM JURÍDICO TUTELADO**

Questão de importância maior na análise da temática ora proposta diz respeito a correta compreensão do bem jurídico tutelado pelo artigo 217-A do Código Penal.

Conforme se verá, as construções teóricas sob as quais se apóiam as teses jurídicas que serão abordadas mais adiante, trazem sempre, em algum ponto, a discussão subjacente acerca da correta identificação do valor que o legislador visou a salvaguardar com as modificações propostas na seara dos crimes sexuais que envolvem o menor de 14 anos.

---

<sup>22</sup> PRADO, Luis Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*: Parte Especial - Arts. 155 a 249. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 5, p. 505

A depender do conteúdo identificado, soluções técnicas distintas foram traçadas para se alcançar o resultado pretendido no sentido de se admitir ou não a relativização da vulnerabilidade.

No modelo de repressão criminal vigente antes da reforma de 2009, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, influenciadas em grande medida pela própria exposição de motivos do legislador para a existência da figura da presunção de violência, alçavam a *innocentia consilli* do menor ofendido ao fundamento maior da tutela penal.

Isto é, partia-se da premissa que, dada a completa insciência dos fatos sexuais pelo menor de 14 anos, deveria ele, pela própria impossibilidade de eficazmente se defender, ser protegido na órbita de seu pudor e costumes, o que invariavelmente remetia o intérprete à problemática questão da ofensa à moral pública sexual.

Com as modificações estruturais promovidas pela lei 12.015/09, é inegável que houve uma modificação do objeto protegido pela norma penal, que anteriormente tutelava a moralidade - conceito cujo núcleo abrigava aquilo que era considerado aceitável pela sociedade em matéria de comportamento sexual -, passando à tutela da "dignidade sexual", com ênfase na liberdade sexual, entendida como a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais.<sup>23</sup>

Nesse particular, embora se possa falar que indubitavelmente, em seu aspecto formal, o objeto jurídico da tutela tenha evoluído, na medida em que a questão da moralidade fora substituída pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, muitos operadores do direito continuaram a refletir uma postura proibitiva e de natureza moral sobre a sexualidade infanto-juvenil.

---

<sup>23</sup> ALEIXO, Kleila Canabrava. *Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral*. Boletim IBCCRIM nº 209. Disponível em: [HTTP://www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br).

Há nomes de peso que, por exemplo, sustentam que a nova proteção conferida pelo dispositivo em análise objetiva a preservação das condições básicas para que crianças e adolescentes possam alcançar um desenvolvimento livre de sua personalidade sexual. Neste sentido:

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.<sup>24</sup>

A despeito da retórica aqui utilizada, o que se percebe de plano, é que aqueles que defendem que o bem jurídico tutelado pela norma penal é o desenvolvimento sexual do menor, ainda possuem um discurso impregnado pela ultrapassada noção de moralidade sexual pública, porquanto, em última análise, invocam, indiretamente, a figura da *innocentia consilli*, na medida em que entendem que o menor de 14 anos não possui maturidade para lidar com os segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem e, portanto, deve ser protegido no íntimo de seu pudor.

Ao contrário do que possa parecer em uma primeira leitura, os militantes dessa postura, por vezes, são defensores da relativização da condição de vulnerável, mas invariavelmente erigem como argumento chave para sustentar esse posicionamento a "evolução da moral pública", o que pode trazer distorções problemáticas na justificativa para se afastar a tutela penal.

Na prática o que se vê é que o intérprete que se inclina a esta tese acaba associando o desenvolvimento sexual da vítima a noções retrógradas de moralidade, impondo à ofendida um verdadeiro julgamento sobre sua pessoa,

---

<sup>24</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.93

seu comportamento e vida pregressa, enquanto o verdadeiro bem tutelado, a livre autodeterminação sexual, é relegada a segundo plano.

Nesse aspecto, irretocáveis as observações feitas por CARVALHO<sup>25</sup>:

Por outro lado, mesmo a corrente doutrinária mais recente, que pugna pelo afastamento da presunção quando a vítima possui capacidade de autodeterminação sexual não consegue desvencilhar-se do apego excessivo à lei, permitindo a ingerência da moral no Direito e a confusão entre moralidade e liberdade sexual, uma vez que parte de concepção claramente moralista, seja, a presunção de violência.

Se de um lado é bem verdade que a temática da sexualidade é particularmente sensível à noção de moralidade de uma dada sociedade, por outro, não se pode confundir conhecimento da atividade sexual, em seu sentido mecanizado, com efetiva maturidade psicoética ou com real desenvolvimento psíquico no campo das atividades sexuais apto a conferir ao jovem a sua capacidade de autodeterminação neste campo.

Trocando em miúdos, é dizer: a evolução da moral pública em muito contribui para que possa o jovem angariar o discernimento necessário para autodeterminar-se no campo da sexualidade; no entanto, referências a um *standard* moral dominante para se aferir a higidez desse consentimento passa ao largo da tutela da liberdade sexual.

A tutela penal insculpida no artigo 217-A do CP não se destina apenas a "mulheres de bem", "honestas", "virgens" etc.

Conforme se verá, em determinadas hipóteses o adolescente, embora não tenha ainda alcançado o parâmetro etário estatuído pelo legislador, tampouco tenha experiência pretérita na vida sexual, possui o discernimento para decidir pela prática do ato sexual, sem ofensa a sua dignidade.

Para aqueles que, acertadamente, admitem que a tutela penal do artigo 217-A do CP se circunscreve ao âmbito da liberdade sexual, nessas hipóteses

---

<sup>25</sup> CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2005, p.36

inexistiria violação ao bem jurídico tutelado, de modo que a disposição penal estaria atuando como mera circunstância repressora da sexualidade do jovem.

## **CAPÍTULO 3: O ATUAL QUADRO DOGMÁTICO DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE**

### **3.1 VULNERABILIDADE RELATIVA X VULNERABILIDADE ABSOLUTA**

Conforme já antecipado em capítulos anteriores, a celeuma que gravita em torno da correta interpretação da natureza jurídica da vulnerabilidade subjacente ao tipo penal do estupro de vulnerável polariza de um lado aqueles que defendem ser irrelevante a verificação da capacidade de consentir do menor no caso concreto, presumindo-se seu dissenso em toda e qualquer hipótese e inadmitindo prova em contrário dessa situação -partidários da corrente absolutista da vulnerabilidade-, e, de outro lado, há aqueles que refutam a possibilidade de se retirar da cognição do magistrado qualquer possibilidade de valoração sobre eventual capacidade de consentir do menor diante de particularidades do caso concreto - partidários da corrente relativista da vulnerabilidade.

Enquanto os militantes da postura absolutista da vulnerabilidade alicerçam, de forma homogênea, seu posicionamento na literalidade do novo dispositivo que veio a suprimir o termo "presunção", aqueles que defendem a relativização da vulnerabilidade divergem quanto ao seu fundamento, chegando inclusive, por vezes, a defendê-la simplesmente por uma impossibilidade de se sustentar a constitucionalidade da leitura que nega ao intérprete a capacidade de aferir o consentimento do menor de 14 anos em determinados casos concretos.

Para que se tenha, portanto, uma exata dimensão de como os operadores do direito têm articulado seus argumentos no sentido de cancelar uma investigação casuística, por parte do magistrado, acerca da possibilidade de se afastar a incidência da adequação típica do estupro de vulnerável, abordar-se-

ão na sequência, as principais posições doutrinárias afeitas ao tema, para depois analisar sua repercussão na evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

## **3.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS**

### **3.2.1 RELATIVIZAÇÃO APENAS NAS HIPÓTESES DE ERRO DE TIPO**

Não se trata propriamente de uma corrente doutrinária que defende uma relativização do conceito de vulnerabilidade, eis que se limita a reconhecer, como não poderia deixar de ser, que nas hipóteses de erro de tipo quanto à elementar relativa à efetiva menoridade da vítima, deverá ser afastado o caráter absoluto da vulnerabilidade para se absolver o agente em razão da atipicidade subjetiva de sua conduta.

Muito embora seja uma hipótese de afastamento da concepção absolutista, cuida-se, em última análise, de uma postura que apenas tangencia a verdadeira discussão acerca da natureza jurídica da vulnerabilidade, porquanto se limita a aplicar um instituto da parte geral do Direito Penal de observância obrigatória em todo e qualquer delito.

Sobre esta realidade, esclarece GUIMARÃES<sup>26</sup>:

Antes de mais nada, cabe observar que a discussão não gira em torno do erro de tipo, excludente do dolo, que ocorre quando o agente não tem conhecimento de que sua (seu) parceira (o) sexual não é maior - ou é menor – de catorze anos de idade. Ora não havendo dolo, não há que se falar em crime doloso, e isto vale para qualquer crime, em decorrência do princípio da culpabilidade, de índole constitucional.

O cerne da discussão é se há crime ou não quando a vítima, embora menor de catorze anos, tem capacidade de se autodeterminar em matéria sexual. Isto não tem nada a ver com a esfera de conhecimento do agente sobre a idade de seu parceiro sexual.

---

<sup>26</sup> GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. *Algumas questões problemáticas - e outras nem tanto - sobre a nova disciplina dos crimes sexuais*. In *Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: Homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Org. Roberta Duboc Pedrinha e Márcia Adriana Fernandes. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 974

Cumpra ainda salientar que, sobrevivendo o reconhecimento de erro de tipo essencial, o dolo sempre será afastado e, conseqüentemente, a tipicidade do fato, pouco importando se o erro será taxado de vencível ou invencível, haja vista que inexistente previsão de modalidade culposa para o delito de estupro vulnerável.

Em algumas ocasiões, todavia, o erro de tipo que recai exclusivamente sobre a idade do ofendido poderá levar a um deslocamento da adequação típica para o delito de estupro, caso a dinâmica tenha envolvido a utilização de violência ou grave ameaça.

Por fim, imperioso se consignar que, diferentemente dos fundamentos que serão vistos adiante, o reconhecimento do erro de tipo em relação à idade da vítima, não pode ser limitado, a priori, a uma determinada escala etária predefinida.

Isto é dizer que, em qualquer hipótese em que reste comprovado que o agente, em decorrência da desenvoltura, bem como da compleição física da vítima, foi levado a erro quanto a sua idade, deverá o delito de estupro de vulnerável ser afastado, ainda que a vítima tenha, por exemplo, 10 anos de idade.

Tal constatação se deve justamente pelo fato de que a incidência do erro de tipo se dá totalmente à revelia de qualquer incursão nos domínios da capacidade de consentir da vítima, sendo, pois, irrelevante se seu desenvolvimento psicofísico já lhe permitiria compreender a repercussão de seus atos para vida sexual.

### **3.2.2 RELATIVIZAÇÃO NOS CASOS DE EXPERIÊNCIA SEXUAL PRETÉRITA DO MENOR**



Trata-se de corrente que sustenta que, vindo a se demonstrar, no caso concreto, ser indubitoso que o (a) jovem, ainda que menor de catorze anos, já não tenha mais vida recatada, e que se mostra desinibidamente dissoluto, afeito às coisas do sexo, revelando-se ousado, provocador da libido, desligado da família e longe da disciplina, seria forçoso se admitir a relativização de sua vulnerabilidade.

Conforme já esclarecido oportunamente, tal corrente é fruto do equívoco que acaba associando o desenvolvimento sexual da vítima e sua liberdade de autodeterminação a noções retrógradas de moralidade, impondo à ofendida um verdadeiro julgamento sobre sua pessoa, seu comportamento e vida pregressa, enquanto o verdadeiro bem tutelado - a livre autodeterminação sexual - é relegado ao segundo plano.

Tal postura, inclusive, veio a referendar, sobretudo no campo jurisprudencial, a tese de que nos casos envolvendo "prostitutas a portas abertas", a relativização da presunção de violência - que mais tarde veio dar lugar à vulnerabilidade - seria medida absolutamente salutar.

Pertinentes, neste ponto, as lições de DELMANTO<sup>27</sup> a partir dessa constatação:

Desta feita, buscando analisar cada caso concreto, a jurisprudência tem entendido como relativa a presunção de violência deste artigo 224 do CP, em casos nos quais a vítima se faz passar por mais velha, é promíscua ou já havia mantido relações com outras pessoas etc. Todavia, esta orientação jurisprudencial, que diante da sistemática do nosso CP parece ser a mais equilibrada, também não satisfaz. Com efeito, ao levar à absolvição do acusado, deixará este livre, inclusive, para reincidir na prática até com a mesma menor, legitimando a prostituição infantil. Igualmente, dá tratamento desigual à criança que “por imposição de seu destino foi obrigada a vivenciar um contexto não condizente com sua faixa etária” e àquela que por sorte encontra-se “inserida no seio familiar, que frequenta regularmente a escola, que recebe e assimila regras de conduta e moral”.

A premissa prevalecente aqui, portanto, é a de que a aquiescência menoril para assuntos de ordem sexual, estaria adstrita aos jovens que, por

desídia da sorte que a vida lhes impôs, não se encaixariam no seletivo grupo de pessoas "honestas" de acordo com os ditames sociais.

De tal sorte é que, inexplicavelmente, dentro da lógica reproduzida pelos militantes dessa corrente, poder-se-ia afirmar que uma menina que ingressa na prostituição infantil aos 12 anos, como via última para arrematar sua subsistência, teria plena capacidade para consentir livremente sobre atos sexuais, e, em razão disso a tutela penal sobre ela deveria ser afastada; enquanto outra menina de 13 anos, de orientação escolar e familiar exemplar na esfera da sexualidade, mas ainda virgem, mesmo com madureza psicoética reconhecida, estaria impossibilitada de praticar qualquer ato sexual, sob pena de ver recair sobre seu parceiro persecução penal com vistas a apurar o delito de estupro de vulnerável.

Evidente, pois, que essa tese se encontra em descompasso com os novos contornos emprestados ao bem jurídico tutelado pelo artigo 217-A do CP, cuja proteção se destina à liberdade sexual e não mais aos "costumes" chancelados pela moralidade pública.

Ainda que de forma "acanhada", pode-se apontar como militante dessa corrente o professor Cezar Roberto Bitencourt, em razão da percepção particular que possui do bem jurídico objeto de tutela do artigo 217-A, alicerçado ainda à ideia de proteção da evolução e do desenvolvimento normal da personalidade do menor - abordagem que se remete, em última análise, ao fundamento da *innocentia consilii* e traz consigo os problemas já debatidos em capítulo próprio destinado à análise estrutural do bem jurídico.

---

<sup>27</sup> DELMANTO, Celso et al. Código penal comentado. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.481

Com maior contundência em defesa da postura dogmática aqui narrada, manifestam-se João José Leal e Rodrigo José Leal<sup>28</sup>, embora ainda sob um enfoque subsidiário ao reconhecimento do erro de tipo:

Agora, o direito mudou e a situação jurídica é outra. Mas, apenas formalmente. Não se pode falar mais de "presunção de violência ou grave ameaça". No entanto, cremos que estamos diante de uma categoria jurídica já conhecida da seara penal: a mesma presunção de *innocentia consilii*, que agora pode ser denominada de *presunção de vulnerabilidade*, em face da prática de atos sexuais de qualquer natureza. Para o novo Direito Penal, em matéria de crimes contra a dignidade sexual, a pessoa menor de 14 anos é considerada hipossuficiente, completamente frágil e vulnerável e, portanto, incapaz de consentir validamente para a realização – seja como sujeito ativo ou passivo - de qualquer ato sexual ou libidinoso. Sua liberdade sexual, portanto, é legalmente considerada indisponível.

Se isto é verdadeiro, a exemplo da violência presumida, a nosso ver a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Esta é uma questão delicada, mas cremos que, em casos especiais, é possível admitir-se a exceção à regra geral, desde que essa condição de experiência sexual do sujeito passivo venha a constituir um fator determinante para o agente incidir em erro de tipo.

É evidente que o menor precocemente amadurecido nas coisas do sexo, seja qual for o motivo que o conduziu a essa lamentável condição, não deixa de merecer a proteção especial do direito. Mas, pode perder o seu estado de inocência e de ingenuidade, ou seja, de "pessoa vulnerável", que é o fundamento ético jurídico do princípio da proteção integral. Principalmente, se aparentar idade superior e complexão física precocemente desenvolvida.

No mesmo sentido MIRABETE<sup>29</sup>, para quem

Não se caracteriza o crime, quando a menor se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento.

Alberto Silva Franco<sup>30</sup>, ao questionar a natureza da antiga presunção de violência, chega a afirmar que

<sup>28</sup> LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13480>>. Acesso em: 26 out. 2014.

<sup>29</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 478

<sup>30</sup> FRANCO, 1993 apud CARVALHO, 2005, p. 32

“A doutrina e a jurisprudência já se pacificaram no sentido de apresentá-la como presunção relativa, posto que afastável quando a ofendida, embora menor de 14 anos, se revele uma prostituta declarada, de porta aberta”.

Tal postura doutrinária, portanto, embora avançada se comparada com aquela adepta do absolutismo, ainda representa um grave retrocesso na abordagem que exige o tipo penal em apreço, uma vez que os antecedentes sexuais da vítima devem ser considerados irrelevantes para se aferir a prática da violência, não sendo a ingenuidade, a inocência e a virgindade circunstâncias elementares do crime de estupro.

### **3.2.3 RELATIVIZAÇÃO A PARTIR DA CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO DO MENOR**

Cuida de corrente doutrinária que se posiciona em favor da relativização da vulnerabilidade em situações que a pessoa ofendida, embora com menos de 14 anos, revele maturidade psicoética para consentir no ato sexual, apresentando real desenvolvimento psíquico no terreno da sexualidade a ser aferido a partir do contexto em que o menor está inserido.

Tal postura tem o grande mérito de dissociar a experiência mecânica do menor em assuntos do campo da sexualidade, do verdadeiro processo dinâmico de conquista da capacidade de autodeterminação sexual que se perfaz em etapas, cuja maior ou menor duração varia de pessoa para pessoa, conforme uma série de fatores conjunturais, como educação escolar e familiar, regionalismos, acesso a meios informacionais, fenômenos de ordem biológica, dentre outras coisas.

Nesse sentido, didáticas as lições de Adelina Carvalho:

"O possível reconhecimento da capacidade de autodeterminação sexual a menores entre 12 e 14 anos não tem qualquer aplicação no caso de menores sexualmente explorados, que formam um grupo de pessoas vulneráveis, que não tem

conhecimento, capacidade, compreensão ou condições de decidir sobre os atos sexuais praticados. Embora possam conhecer a mecânica da atividade sexual a fundo, estes menores não possuem capacidade de se determinar de acordo com este entendimento. Encontram-se em estado de dependência que os incapacita do poder de decidir, e, portanto, consentir, livremente, nas relações sexuais. Todavia, não se pode pretender punir por um delito que não é considerado como tal do ponto de vista ético-social. A intervenção penal na vida das pessoas deve ser reduzida ao mínimo possível, reservada a situações de grave ofensa a bens jurídicos relevantes, sob pena de interferirem na liberdade e dignidade da pessoa humana. Não é legítimo subtrair ao adolescente o seu direito e anseio de livremente exercer sua sexualidade, por mais acertadas que possam parecer a alguns, ou à maioria, as concepções morais dominantes na sociedade ou adotadas por seus pais ou responsáveis, mas que não correspondem às suas opções pessoais, sob pena de cerceamento da garantia constitucional de sua liberdade. Uma política criminal não pode ignorar a realidade social e deve respeitar ao máximo possível a diversidade de comportamentos sociais."<sup>31</sup>

Márcio Bártoli, juiz de direito em exercício no Rio Grande do Sul, em sua obra intitulada "Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa de Relativização da presunção de Violência"<sup>32</sup> datada de 1992, mostra sua orientação vanguardista digna de nota, estabelecendo alguns pontos fundamentais para análise da conjectura que supramencionada:

É mais do que evidente que nos dias atuais não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de correspondente à adolescência, continua, como em 1940, a ser um insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser um tema preconceituoso e até 'imoral' de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque: **na família**, onde é discutido livremente, até por questão de sobrevivência, em virtude do surgimento e disseminação de moléstia letal; **nas escolas**, onde adquiriu o 'status' de matéria curricular, e **nos meios de comunicação de massa**, onde se tornou assunto quase que corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema 'sexo' flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com menos de 14 anos de idade uma **visão teórica da vida sexual, possibilitando-a rechaçar as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.**

Frise-se, inclusive, que sob a perspectiva de que o exercício da liberdade sexual - verdadeiro bem jurídico tutelado pelo delito de estupro de vulnerável -

<sup>31</sup> CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 131-132

<sup>32</sup> BÁRTOLI, Márcio. *A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de*

não está adstrito a aferição da conotação moral do comportamento do menor, a problemática questão da pedofilia infantil não encontraria abrigo junto à impunidade - uma das grandes críticas endereçadas à relativização da vulnerabilidade.

Isso porque, salvo melhor juízo, na grande maioria dos casos envolvendo prostituição infantil, o que se percebe é que os menores estão em estado de dependência -vinculado, normalmente, a questões financeiras - , o que os incapacitam do poder de decidir, e, portanto, consentir, livremente, nas relações sexuais.

Nessas hipóteses, portanto, constatada justamente a ausência de capacidade de autodeterminação do menor, inafastável será a reprovabilidade penal que recairá sobre aquele que aproveitou-se de sua imaturidade e incapacidade de oferecer resistência, eis que flagrante, nestes casos, a dependência do ofendido àquele expediente para garantir sua sobrevivência, retirando-lhe qualquer aresta de verdadeira liberdade.

De outro lado, o jovem que, a despeito de jamais ter apresentado qualquer desenvoltura para o sexo, mas que se encontre envolto em circunstâncias que guarneçam sua consciência sobre a disponibilidade de seu próprio corpo de forma clara e nítida, não deverá ter sua liberdade sexual cerceada, na medida em que sua condição lhe permite compreender e resistir as abordagens que lhe são endereçadas no terreno da sexualidade.

Merece ainda destaque o fato de que tal postura doutrinária é aquela que melhor se alinha a proposição dogmática que ora se defende nesta dissertação, consubstanciada na possibilidade de se utilizar o princípio da adequação social como vetor interpretativo do tipo penal em apreço, possibilitando uma leitura sistemática do mesmo junto ao ECA.

Isso porque, conforme será demonstrado na sequência, a chancela para utilização do princípio da adequação social enquanto vetor interpretativo da amplitude do artigo 217-A se assenta justamente nas mesmas premissas articuladas por esta corrente doutrinária para se aferir a higidez na capacidade de consentir do menor e sua, subsequente, liberdade sexual.

#### **3.2.4 INCONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA: AFRONTA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO, OFENSIVIDADE**

Agrupam-se em torno daquilo que se convencionou chamar de teoria constitucionalista os doutrinadores que sustentam uma leitura relativista da vulnerabilidade a partir da impossibilidade, a *contrario sensu*, de se sustentar a constitucionalidade da abordagem absolutista do tipo.

Para esta corrente, a relativização do conceito de vulnerabilidade é medida impositiva em razão de princípios fundamentais de envergadura maior que se encontram no topo da tábua axiológica constitucional e que, em última análise, desempenham a função de impor limites à intervenção estatal nas liberdades individuais.

Com efeito, o novo modelo de Estado Social e Democrático de Direito adotado pela Carta de 1988 possui uma série de princípios próprios, ordenadores, fundamentadores ou limitadores do sistema penal, que devem ser observados tanto pelo legislador, na construção da norma, quanto pelo julgador, em sua aplicação.

Nesse mister, especial destaque tem sido dado ao contraste entre a presunção de inocência constitucional, matéria de índole material e processual, e a ideia de violência presumida ainda ínsita na formatação do artigo 217-A do CP.

A presunção de inocência, princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, cria para o acusado um status especial de respeito à sua liberdade, exigindo, pois, no campo probatório, ampla comprovação de todos os fatos atribuídos à sua pessoa, principalmente os que lhe são desfavoráveis, em procedimento regular, rechaçando qualquer forma de presunção de culpa.

Trata-se, pois, de um princípio que afeta, diretamente, a carga da prova, delegando ao órgão acusatório o ônus *probandi* da inteireza da dinâmica delitiva, na medida em que exige do titular da pretensão persecutória que desconstrua esse *status* de inocência inicial

Admitindo-se uma leitura absoluta da vulnerabilidade, seria forçoso se reconhecer que, ante a irrelevância de valor jurídico do consentimento menoril, todo ato sexual realizado com pessoas menores de 14 anos, seria presumidamente "forçado", pois caso assim não o fosse, sequer reprovação penal deveria haver à luz do bem jurídico tutelado pelo artigo 217-A do CP (liberdade sexual).

Partindo-se dessa premissa, seria forçoso reconhecer, segundo os militantes dessa postura, que o ônus probatório do titular da ação penal restaria satisfeito com a demonstração de apenas parte do suposto fato delitivo, relativa à ocorrência da relação sexual com o menor, sendo a outra parte (o dissenso/violência da vítima) uma presunção de culpabilidade erigida pelo legislador em desfavor do réu.

Por todos, merecem destaque as lições de Luiz Flavio Gomes<sup>33</sup> que, embora dirigindo-se à antiga figura da presunção de violência, traz considerações de extrema atualidade:

---

<sup>33</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115



Essa desobrigação (advinda de determinação infraconstitucional) confronta de cheio com o princípio (constitucional) da presunção de inocência, como regra probatória, que exige do acusador a prova dos fatos (em sua integralidade). Parte do tipo penal é concretizada pelo acusado (até aqui ele responde pelo que fez). A outra parte é realizada pelo legislador (agora o agente responde pelo que o legislador presumiu). O acusado, em suma, se levarmos o raciocínio ao extremo, acaba respondendo por algo que foi feito pelo legislador, não por ele. Seria o caso de se falar, desde logo, em responsabilidade penal objetiva (responsabilidade por fato de outrem).

Haveria, pois, nesta situação de vulnerabilidade absoluta, um choque de presunções: de um lado, a legislação penal infraconstitucional presume sempre a violência na prática de relação sexual envolvendo menores de 14 anos; de outro, a Constituição presume o estado de inocência do agente que só poderia ser desconstruído a partir do desforço probatório do órgão acusatório que culminasse na exitosa tarefa de demonstrar, no plano fático, a existência de todos os pressupostos que exige o tipo penal para se perfazer - dentre eles a existência do "dissenso" do menor sem o qual não haveria violação ao bem jurídico tutelado.

Por óbvio, pela própria eficácia conformadora da unicidade do ordenamento jurídico, a velada presunção infraconstitucional deverá sucumbir frente a expressa determinação constitucional da presunção do estado de inocência.

Igualmente desrespeitado pela leitura absolutista da vulnerabilidade é o princípio da ofensividade, também conhecido na literatura especializada através do adágio *nullum crimen sine iniuria*. Sobre o tema, entende Bitencourt<sup>34</sup> que

Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

---

<sup>34</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52

Nesse particular, para que se proceda à adequação típica do estupro de vulnerável, em sentido material, é indispensável que o bem jurídico tutelado, no caso a liberdade sexual, seja lesionado ou esteja em perigo concreto de lesão.

Sob a ótica da vulnerabilidade absoluta, por vezes, o intérprete se verá diante de casos em que, inobstante haja consentimento do menor, manifestado dentro de um contexto em que se permita aferir sua higidez - o que afastaria qualquer restrição a sua liberdade sexual - será ele obrigado a admitir a lesão do bem jurídico por força de uma presunção.

De forma didática, explica Luiz Flávio Gomes<sup>35</sup> que

Na realidade, não houve ofensa ao bem jurídico liberdade sexual, mas por força da presunção, admite-se tal lesão. A lesão decorre da vontade do legislador, não da realidade, não da conduta do agente. Se um dos eixos centrais do Direito Penal consiste em o agente só responder penalmente pelos danos efetivos que ele causa em outra, quando esse dano não emerge de sua conduta, senão de uma presunção legal, é evidente que não pode ser-lhe imputado. A presunção legal de violência, em síntese, viola também o princípio do *nullum crimen sine iniuria*.

Não somente a presunção do estado de inocência e o princípio da ofensividade, mas também outros preceitos de natureza constitucional são afrontados pela ficção legal que encerra a vulnerabilidade absoluta. A presunção do dissenso dos menores de 14 anos nos crimes sexuais, se considerada de forma absoluta, também faz letra morta da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, CF) porque veda a possibilidade de produção de prova visando a demonstrar que a realidade objetiva do caso é diversa da realidade presumida pelo legislador. Ao autor, neste caso, somente restaria negar o fato, jamais a violência, cuja existência

---

<sup>35</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 125

como elemento integrante do tipo, ainda que de forma implícita, é considerada como certa pelo legislador.<sup>36</sup>

Demais disso, interessante as observações tecidas pelo promotor de justiça Francisco Dirceu Barros<sup>37</sup>, no sentido de que em alguns casos específicos, a natureza jurídica absoluta da vulnerabilidade, poderá ainda acarretar violação a princípios constitucionais que, embora mais afeitos ao direito de família e não tão invocados no âmbito do direito penal, são igualmente importantes e de observância obrigatória pelos operadores do direito. Seriam eles os princípios da paternidade responsável e da harmonia familiar, ambos com assento no artigo 226, §7º da CF.

O causídico para ilustrar a problemática propõe uma situação hipotética em que uma adolescente, com 13 anos, esteja grávida e o suposto pai, ainda que disposto a assumir sua prole e casar-se com sua consorte, veja-se forçado a negá-la, sob pena de sobre ele recair persecução penal com vistas a imputar o delito de estupro de vulnerável que, não custa lembrar, é crime hediondo cuja pena varia entre 8 e 15 anos de reclusão.

Nesse sentido, ensina Francisco Dirceu Barros que

Em contato com a habilitação de casamento, o Promotor de Justiça, em atendimento ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, terá que requerer a instauração de inquérito policial e futuramente terá que denunciar o ator da gravidez, para que ele possa ser condenado em uma pena mínima de 8 (oito) anos de reclusão. E nem pense que o casamento da vítima com o autor do delito extingue a punibilidade, pois o inciso VII do Código Penal, que autorizava tal extinção, foi revogado pela Lei nº 11.106/2005. Também não pense que o representante legal da vítima pode conceder o perdão do ofendido, pois perdão é instituto da ação penal privada e a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, tornou o estupro de vulnerável crime de ação penal pública incondicionada.

---

<sup>36</sup> CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 109

<sup>37</sup> BARROS, Francisco Dirceu. *A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2605, 19 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17215>>. Acesso em: 29 out. 2014

Na hipótese em que a mãe é maior de 18 anos e o pai adolescente de apenas 13 anos, teremos problemática ainda pior, pois neste caso, a matriarca, receosa do que pode lhe acontecer, deixará inclusive de ingressar com uma investigação de paternidade, não podendo, pois, sequer vislumbrar a possibilidade de se beneficiar da presunção de paternidade nos termos da súmula 301 do STJ<sup>38</sup>.

### **3.3 EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA**

A jurisprudência tem sido, cada vez mais, vista como uma fonte do direito com grande prestígio junto a seus operadores, na medida em que retrata, de maneira razoavelmente fidedigna, a orientação de nossas cortes judicantes sobre determinada temática.

Uma análise cronológica da jurisprudência de nossos tribunais superiores sobre a temática em apreço é extremamente reveladora no sentido de se demonstrar que a controvérsia que gravita em torno da natureza jurídica do conceito de vulnerabilidade está longe de encontrar a unanimidade dentre nossos intérpretes finais.

Por uma questão metodológica, os excertos aqui colacionados e debatidos terão seu início na data de 1990 até os dias atuais, abrangendo, inclusive, julgados em que os órgãos colegiados se debruçam sobre a extinta figura da presunção de violência que, conforme já esclarecido, a despeito de ter sido substituída formalmente pelo delito autônomo de estupro de vulnerável, carrega exatamente as mesmas discussões -com uma nova roupagem - do tipo previsto no artigo 217-A do CP.

---

<sup>38</sup> Súmula 301 do STJ: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade".

Iniciando-se o levantamento jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se com extrema facilidade, que inobstante as inúmeras construções doutrinárias que apontam em sua maioria para relativização da vulnerabilidade, o Pretório Excelso tem, ao longo de sua atuação, se mantido fiel a uma linha conservadora, se negando a fazer qualquer avaliação da capacidade de consentir da vítima.

A pontualíssima exceção que destoa da regra supramencionada fica por conta do paradigmático acórdão, de relatoria do Ministro Marco Aurélio que, nos idos de 1996, ousou divergir de entendimento que, até então, era uníssono na corte.

Para ilustrar o que aqui se alega, vejamos julgado de 1995, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, em que o mesmo manifesta-se pela presunção absoluta de vulnerabilidade, escorado em "iterativa jurisprudência" da Corte.

**Habeas Corpus. 2. Estupro. Presunção de violência. Vítima menor de 14 anos de idade. 3. Sequer elide a presunção de violência o alegado fato do consentimento da vítima quanto à relação sexual. 4. A violência ficta, prevista no art. 224, letra "a", do Código Penal, é absoluta e não relativa, conforme iterativa jurisprudência do STF. 5. Por outro lado, não há nulidade no fato de não terem sido intimados os advogados cujo mandato fora revogado. 6. Habeas corpus indeferido.**<sup>39</sup>

Logo no ano seguinte, em 1996, veio o polêmico *decisum*, de lavra do Min. Marco Aurélio, inaugurando, no seio do Supremo Tribunal Federal, a posição da relatividade da presunção com base na experiência sexual anterior da vítima, que mais tarde viria se tornar uma grande referência, ao menos para doutrina e para jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Estaduais. *In litteris*:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72.575, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, 04 ago. 1995.

habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. 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 exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.<sup>40</sup>

O voto do eminente relator construiu-se com arrimo no entendimento de que a presunção do art. 224 do CP cedia à realidade, devendo sua interpretação ser feita de forma flexível, de acordo com a evolução dos costumes. No caso julgado, embora a vítima contasse com apenas 12 anos de idade, a mesma possuía aparência física de pessoa com idade superior a 14 anos e, principalmente, mostrava desenvolvimento mental e desenvoltura nas coisas relacionadas ao sexo, tendo, por isso mesmo, revelado em juízo ter mantido relações sexuais espontaneamente com o acusado, porque “pintara vontade”.

Se é bem verdade que tal julgado representou verdadeira ruptura na univocidade de compreensão do tema até então existente no STF, de outro lado, faz-se mister se destacar que o aresto ainda peca por se escorar em uma equivocada captura do bem jurídico tutelado, fundamentando o afastamento da presunção absoluta na vida pretérita da vítima.

Ademais, interessante constatação é feita pelo Professor Sérgio Duarte<sup>41</sup> em relação à ementa do referido acórdão:

É curioso que o voto-condutor do acórdão é inequívoco no sentido de admitir a validade do consentimento de menor de catorze anos na prática do ato carnal, mas a ementa parece tímida, ao referir o erro de tipo, como se pode observar.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 73.662, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, 21 mai. 1996.

<sup>41</sup> GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. *Algumas questões problemáticas - e outras nem tanto - sobre a nova disciplina dos crimes sexuais*. In *Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: Homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Org. Roberta Duboc Pedrinha e Márcia Adriana Fernandes. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 969

Críticas à parte, dando continuidade à análise da jurisprudência da Corte Suprema, causa espécie o fato de que, posteriormente ao julgado supracitado, rigorosamente nenhum acórdão veio a albergar o referido posicionamento. No mesmo ano, inclusive, já se poderia verificar que a posição do Tribunal não se inclinaria à orientação liberal do Min. Marco Aurélio. Vejamos.

EMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA (ARTIGOS 213 E 224, "A" DO CÓDIGO PENAL). CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO: EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (ART. 107, INC. VIII, DO C.P.). DEFICIÊNCIA DE DEFESA. "HABEAS CORPUS". 1. O pedido de "Habeas Corpus" não pode ser conhecido, no ponto em que sustenta a extinção da punibilidade, pelo casamento da ofendida, ocorrido posteriormente à sentença condenatória e antes do acórdão que a confirmou. 2. É que tal fato não constou dos autos em que proferida a condenação e só foi ventilado com a presente impetração, como expressamente admitido na inicial. 3. Sendo assim, quanto a esse ponto, não pode, o Tribunal prolator do acórdão impugnado, ser apontado como autoridade coatora, pois nada constava dos autos a respeito do casamento da ofendida com terceiro. Não se tratava, assim, de questão que estivesse devolvida à sua consideração, mesmo de ofício. 4. Essa questão, portanto, pode ser suscitada, pela via própria, perante o Tribunal competente. 5. **O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (artigos 213 e 224, "a", do C. Penal). Precedente.** 6. **No caso, ademais, não se alega experiência anterior da vítima, nem a ocorrência de erro quanto a sua idade, mas, apenas e tão-somente, que consentiu na prática das relações sexuais, o que não basta para afastar a presunção de violência, pois a norma em questão (artigo 224, "a", do C. Penal), visa, exatamente, a proteger a menor de 14 anos, considerando-a incapaz de consentir.** 7. Havendo o Defensor dativo praticado todos os atos que se lhe poderiam exigir e tendo, inclusive, alcançado êxito parcial com sua apelação, de que resultou considerável redução da pena, e não se evidenciando, nos presentes autos, a alegada deficiência de defesa, é de se repelir tal alegação. 8. "H.C." conhecido em parte, e, nessa parte, indeferido, cassada a liminar.<sup>42</sup> (grifou-se)

Nos anos que se seguiram a mesma orientação foi endossada pela integralidade dos intérpretes, tendo inclusive o Min. Sepúlveda Pertence, no ano de 2001, por ocasião do HC nº 81268, feito menção ao HC nº 73.662 de relatoria do Min. Marco Aurélio como uma "decisão isolada" no seio do Tribunal.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 74.286, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, 22 out. 1996.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA: FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA E ACÓRDÃO: FUNDAMENTAÇÃO. MANDADO DE PRISÃO: RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A CONDENAÇÃO: REEXAME DE PROVA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA: ART. 224, a, DO CÓD. PENAL: LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. I. - Com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva. II. - Sentença condenatória e acórdão suficientemente fundamentados. III. - Os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão. IV. - Questões referentes ao regime de cumprimento da pena deverão ser submetidos ao Juízo das Execuções Penais. V. - A alegação de falta de justa causa para a condenação implicaria o reexame de toda a prova, o que não se admite nos estreitos limites do habeas corpus. VI. - **A presunção de violência inscrita no art. 224, a, do Cód. Penal, porque não atentatória ao direito penal da culpa, tem legitimidade constitucional.** VII. - H.C. indeferido.<sup>43</sup> (grifou-se)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DE TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO. 1. Em se tratando de delito contra os costumes, a palavra da ofendida ganha especial relevo. Aliada aos exames periciais, ilide o argumento da negativa de autoria. 2. **O erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama de erro de tipo, ou seja o erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo. A jurisprudência do tribunal reconhece a atipicidade do fato somente quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos. Precedentes. No caso, era do conhecimento do réu que a ofendida tinha 12 (doze) anos de idade.** 3. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal. Precedentes. Ademais, a demonstração de comportamento desregrado de uma menina de 12 (doze) anos implica em revolver o contexto probatório. Inviável em Habeas. 4. O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, VIII). Por analogia, poder-se-ia admitir, também, o concubinato da ofendida com terceiro. Entretanto, tal alegação deve ser feita antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O recorrente só fez após o trânsito em julgado. Negado provimento ao recurso.<sup>44</sup> (grifou-se)

EMENTA: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): **presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual:**

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 74.983, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 30 jun. 1997.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.788, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, 02 mai. 2000.



**análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.<sup>45</sup> (grifou-se)**

Após o ano de 2001, houve um longo hiato temporal sem que o Pretório Excelso se manifestasse sobre a temática em questão, vindo apenas em 2008 quebrar o silêncio, sem, contudo, apresentar qualquer inovação no entendimento praticamente uníssono da Corte.

**EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE MENOR DE QUATORZE ANOS SERIA RELATIVA EM RAZÃO DO CONSENTIMENTO DA OFENDIDA: IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO QUANDO A VÍTIMA É MENOR DE QUATORZE ANOS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro. Precedentes. 2. Habeas Corpus indeferido.<sup>46</sup> (grifou-se)**

Nos anos subsequentes, até chegarmos a dezembro de 2013 - a última ocasião em que o STF apreciou essa matéria - nada, rigorosamente nada, se alterou em seu entendimento, conforme facilmente se depreende dos excertos transcritos:

**EMENTA: HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art.**

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 81.268, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16 out. 2001.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 93.263, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, 19 fev. 2008.

**224 do Código Penal é de caráter absoluto.** Precedentes (HC 94.818, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 15.8.2008). Ordem denegada.<sup>47</sup> (grifou-se)

EMENTA: 1. AÇÃO PENAL. Crime. Estupro. Incompetência do juízo em razão do local do crime. Nulidade relativa, não argüida no momento oportuno. Preclusão. Eventual nulidade relacionada à incompetência *ratione loci* é relativa e deve ser alegada no momento oportuno, sob pena de preclusão. 2. AÇÃO PENAL. Crime. Estupro. **Violência presumida. Consentimento. Irrelevância. Precedentes. Ordem denegada. Eventual consentimento da ofendida, menor de catorze anos, para a conjunção carnal, não elide a presunção da violência para a caracterização do estupro.**<sup>48</sup> (grifou-se)

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE MENOR DE 14 ANOS (CP, ART. 213, C/C ART. 224, “A”). PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. TEMA INSUSCETÍVEL DE EXAME EM HABEAS CORPUS, POR DEMANDAR APROFUNDADA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. PLEITO PREJUDICADO. 1. **O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo.** Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10). 2. A alegação de erro de tipo, fundada em que a vítima dissera ao paciente ter 18 anos de idade e que era experiente na atividade sexual, é insuscetível de exame em habeas corpus, por demandar aprofundada análise dos fatos e das provas que o levaram a acreditar em tais afirmações. 3. In casu, o paciente manteve relação sexual, mediante paga, com menina de 12 (doze) anos de idade, que lhe dissera ter 18 (dezoito) anos, foi absolvido em primeira e segunda instâncias e, ante o provimento de recurso especial do Ministério Público, afastando a atipicidade da conduta e determinando ao TJ/RS que retomasse o julgamento da apelação, com o exame dos demais argumentos nela suscitados, restou condenado a 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. 4. A premissa de que a vítima dissera ao paciente ter 18 (dezoito) anos de idade, em acentuada desproporcionalidade com a idade real (12 anos), e que serviu de fundamento para indeferir a liminar nestes autos, foi extraída da própria inicial, não cabendo falar em contradição e obscuridade nos embargos de declaração opostos contra a referida decisão, com o escopo de esclarecer que o apurado na ação penal conduzia a que a menor aparentava ter 14 anos, o que favoreceria a tese do erro de tipo. 5. **De qualquer sorte, e em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dos dezoito anos que afirmara ter.**

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 99.993, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 24 nov. 2009.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 92.219, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, 02 mar. 2010.

6. Ordem denegada, restando prejudicados os embargos de declaração opostos da decisão que indeferiu a liminar.<sup>49</sup> (grifou-se)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ART. 213 C.C. ART. 224, AL. 'A', DO CÓDIGO PENAL ANTES DA ALTERAÇÃO DA LEI 12.015/2009. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. NATUREZA DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. **Eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal ou a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência caracterizadora do crime de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009.** Precedentes. 2. Concluir pela absolvição do Paciente quanto ao crime de estupro demandaria o revolvimento do conjunto probatório, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 3. Ordem denegada.<sup>50</sup> (grifou-se)

Diferentemente do conservadorismo que sempre prevaleceu no STF, no âmbito do STJ o histórico jurisprudencial da Corte relativo à natureza da presunção de violência demonstra que, por muito tempo, houve uma cisão ideológica entre a 5ª e 6ª Turmas Especializadas em Direito Penal.

Enquanto a 5ª Turma sempre se mostrou alinhada às orientações do STF, no sentido de, em hipótese alguma, conferir valor jurídico a manifestação volitiva da vítima nos casos de estupro mediante violência presumida, a 6ª Turma parecia convencida de que a presunção de violência cedia espaço à realidade, invocando, inclusive, por vezes a incompatibilidade entre o ECA e o CP para justificar seu posicionamento. É o que se extrai dos excertos abaixo colacionados:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA.

1. **É relativa a presunção de violência contida na alínea "a" do artigo 224 do Código Penal.**

2. Recurso não conhecido.<sup>51</sup> (grifou-se)

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 109.206, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 18 out. 2011.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 119.091, 2ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, 10 dez. 2013.

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 173.127, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 19 ago. 1999.

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE CONFRONTAÇÃO ANALÍTICA. ESTUPRO.

**VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PROVA ROBUSTA DA INEXISTÊNCIA DA *INNOCENTIA CONSILII*.**

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional requisita, em qualquer caso, a demonstração analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos (artigo 255, parágrafo 2º, do RISTJ).

2. A hipótese descrita no artigo 224, alínea "a", do Código Penal é de presunção *juris tantum*.

3. Em sendo robusta a prova no sentido da inexistência da *innocentia consilii*, mormente quando já não era virgem a ofendida, impõe-se o reconhecimento da caracterização da hipótese de violência presumida.

4. Recurso não conhecido.<sup>52</sup> (grifou-se)

ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO PARA DESCONSTITUIR SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência.

2. Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória.

3. Ordem concedida.<sup>53</sup> (grifou-se)

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA.

**SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO ENTRE JOVENS IMPÚBERES. ATINGIMENTO DA MAIORIDADE. MANUTENÇÃO DO RELACIONAMENTO AMOROSO.**

Em recente decisão da Sexta Turma (HC 88.664/GO), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de mera relação afetivo-sexual.

No caso dos autos, não se era de esperar que, iniciado o relacionamento entre jovens impúberes, e adquirida a maioridade por um deles, as relações sexuais, a

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 283.995, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 05 jun. 2001.

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 88.664, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, 23 jun. 2009.

**partir daí, passassem a configurar a violência presumida só porque prevista a conduta na norma incriminadora.**

Recurso especial do ministério público desprovido para manter a absolvição do Recorrido.<sup>54</sup> (grifou-se)

Noutro giro, a 5ª Turma combatia com veemência a orientação relativista da presunção, chegando inclusive a afirmar que o artigo 224, "a", representava verdadeiro dever de abstenção do ingresso no terreno da sexualidade por parte dos menores de 14 anos. Eis os julgados:

PENAL. ESTUPRO PRESUMIDO. PRESUNÇÃO, DOLO E CONSENTIMENTO. ART. 224, ALINEA "A" DO C. PENAL. MAJORANTE DO ART. 226, INC. III DO C. PENAL.

I - A PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA, PREVISTA NO ART. 224, ALINEA "A" DO C. PENAL, EXIGE QUE O DOLO, DIRETO OU EVENTUAL, CONSIDERE O ELEMENTO REFERENTE A IDADE DA VITIMA, NÃO PODENDO SER, ASSIM, ADMITIDA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

**II - NO ESTUPRO FICTO, A NORMA IMPÕE UM DEVER GERAL DE ABSTENÇÃO DA PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL COM AS JOVENS QUE NÃO SEJAM MAIORES DE 14 ANOS.**

**III - O CONSENTIMENTO DA VITIMA, NO CASO, NÃO TEM RELEVANCIA JURIDICO-PENAL.**

IV - AO CONTRÁRIO DO QUE ACONTECER NOS DELITOS DE SEDUÇÃO E DE CORRUPÇÃO DE MENORES, A ANTERIOR EXPERIENCIA SEXUAL DA OFENDIDA NÃO DESCARACTERIZA O ESTUPRO PRESUMIDO.

V - A MAJORAÇÃO DO ART. 226, INC. III DO C. PENAL EXIGE PROVA NA FORMA DO ART. 155 DO CPP.

VI - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>55</sup> (grifou-se)

CRIMINAL. HC. ESTUPRO. CITAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE. INVALIDADE DO LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

NÃO-CONHECIMENTO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.

CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

I. Pleito de anulação do processo criminal, sob as alegações de nulidade da citação por edital, invalidade do laudo pericial, bem como ausência de defesa.

II. Temas que não foram objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo.

III. O exame da matéria acarretaria indevida supressão de instância.

**IV. Hipótese de ocorrência de crime de estupro em que a vítima não era maior de 14 anos à época do crime, possuidora de compleição física de uma criança de**

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 430.615, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 21 out. 2009.

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 75.765, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, 24 fev. 1997.

**10 a 12 anos, além de que teria sido necessária uma intervenção cirúrgica para estagnar a hemorragia ocasionada pelo ato delituoso.**

**V. A violência ficta, ou seja, aquela que é presumida pelas circunstâncias do art. 224 do Código Penal, tem caráter absoluto.**

**VI. A presunção de violência pela idade da vítima – prevista no art. 224, a, do Código Penal – tem caráter absoluto, não podendo ser afastada pelo argumento de consentimento da ofendida.**

VII. Interpretação que foi determinante para a revisão do entendimento jurisprudencial, quanto ao caráter hediondo dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que antes não eram considerados incluídos no rol da Lei n.º 8.072/90, em casos onde não houvesse a violência real.

VIII. Ordem parcialmente conhecida e denegada.<sup>56</sup> (grifou-se)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PERFEITA CONFIGURAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE EXCESSO NA PENA COMINADA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO CONTRA CRIANÇA DE CINCO ANOS DE IDADE. CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO.

1. A desclassificação do tipo penal previsto no art. 214 do Código Penal, para o crime de corrupção de menores (art. 218 do Código Penal), sob o mero fundamento de "excesso de rigor" da pena cominada ao atentado violento ao pudor, é decisão nitidamente contra legem, a merecer pronta cassação desta Corte.

2. Afigura-se imprescindível que o tipo penal do art. 214 do Código Penal, durante a sua vigência, seja efetivamente aplicado, posto que o legislador endereçou um comando, e não uma faculdade, ao aplicador da lei, não podendo o julgador afastar a sua incidência por considerá-la excessiva no caso concreto.

**3. O consentimento de criança de cinco anos é irrelevante para a formação do tipo penal, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária.**

**4. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor, em face de sua incapacidade volitiva.**

5. Recurso provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, sem o aumento de pena previsto no art. 9º, da Lei 8.072/90, que afasto de ofício<sup>57</sup>. (grifou-se)

CRIMINAL. RESP. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM CONTINUIDADE PRATICADOS CONTRA MENOR DE 14 ANOS.

I - Motorista de ônibus escolar que se aproveita do fato da menor estudante ser a última passageira a deixar e a primeira a recolher, para ficar sozinho com ela e praticar os crimes seguidas vezes.

II - Violência logicamente presumida. Irrelevância do consentimento da vítima. Precedentes da Seção.

III - Recurso provido para reformar o acórdão local e a sentença, assentando a presunção absoluta de violência, e determinar que outra seja proferida tendo em conta essa circunstância e as demais provas e fatos da causa.

<sup>56</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 28.553, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, 06 nov. 2003.

<sup>57</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 714.979, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, 09 ago. 2005.

IV - Votos vencidos afirmando a presunção de violência cede ante o consentimento da vítima.

V - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator para acórdão.<sup>58</sup>

A ausência de uniformidade das interpretações jurídicas sobre a temática da presunção de violência deu azo ao paradigmático Embargos de Divergência em 23 de novembro de 2011, ocasião em que a maioria da Terceira Seção inclinou-se a acolher o entendimento do voto condutor da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no sentido de que a violência presumida deveria ser relativizada casuisticamente, a partir da constatação de inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. *In verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, "A", DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. **A violência presumida prevista no revogado artigo 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado.**

2. Embargos de divergência acolhidos.<sup>59</sup> (grifou-se)

Tal decisão acabou repercutindo fortemente não apenas dentro da comunidade jurídica, como também no meio social e na própria imprensa, que passou a sugerir que o Judiciário estava sendo condescendente com a prostituição infantil.<sup>60</sup>

O alvoroço gerado, no entanto, teve fim quando sobreveio a oposição de embargos de declaração, em que o Ministério Público Federal suscitou a intempestividade dos embargos de divergência. Embora tal argumento tenha sido afastado pelo voto da Ministra Relatora, fora acolhido pelo Ministro

<sup>58</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.123.607, 5ª Turma, Rel. Des. Honildo Amaral de Mello Castro, 05 out. 2010.

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.021.634, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 23 nov. 2011.

<sup>60</sup>Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI153347,41046-Editorial+Migalhas+comenta+decisao+do+STJ+sobre+estupro+de+menores>. No mesmo sentido:

Gilson Dipp que, conferindo efeitos modificativos a tal expediente, não conheceu do recurso, no que foi acompanhado pelos demais Ministros.

Embora inexitosa, nesse primeiro momento, a tentativa de se por fim a controvérsia entre a 5ª e 6ª Turmas, a permanência da divergência no âmbito do STJ culminou, 3 anos mais tarde, na oposição de um novo embargos de divergência, dessa vez, processado sob a relatoria da Min. Laurita Vaz.

Ao contrário do que restou assentado no expediente uniformizador de jurisprudência outrora aventado, dessa vez prevaleceu o entendimento de que a *mens legis* denotaria clara intenção em infligir ao menor de 14 anos um dever geral de abstenção, na medida em que o mesmo ainda não alcançou a maturidade necessária para assumir as consequências de suas ações. Veja-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.

2. A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima;



eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.

**3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento "quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida."** (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min.

CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min.

NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001.

4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas.<sup>61</sup> (grifou-se)

Não por outra razão, pode-se dizer que, atualmente, encontra-se pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça controvérsia relativa à natureza jurídica da presunção de violência, prevalecendo posição que adota uma interpretação absolutista de tal ficção. É o que se percebe dos julgados mais recentes da Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 224, "A", DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

**1. A Terceira Seção desta Corte pacificou entendimento no sentido de que a presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos, prevista na antiga redação do art. 224, "a" do Código Penal, possui caráter absoluto, constituindo critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Precedente.**

2. Agravo interno desprovido.<sup>62</sup> (grifou-se)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ARTS. 223 E 224, "A", AMBOS DO CP (ANTIGA REDAÇÃO). OCORRÊNCIA. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

**1. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EREsp nº 1.152.864/SC, relatora Ministra LAURITA VAZ (DJe de 01/04/2014), decidiu**

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.152.864, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, 26 fev. 2014.

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.365.220, 5ª Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, 07 out. 2014.

**que a presunção de violência no crime de estupro cometido contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do artigo 224, alínea "a", do Código Penal é de natureza absoluta, de maneira que a aquiescência da ofendida ou mesmo sua experiência com relação ao sexo não tem relevância jurídico-penal.**

2. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>63</sup> (grifou-se)

---

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.475.686, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 18 set. 2014.

## **CAPÍTULO 4: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA LEITURA CONCILIADORA DO PARÂMETRO ETÁRIO ESTABELECIDO**

Mesmo antes da reforma promovida pela lei 12.015/09 a premissa axiológica de que todo e qualquer ato sexual contra uma pessoa menor de 14 anos atentaria contra os bons costumes - ou, como diz a nova rubrica do Título VI, do CP, "contra a dignidade sexual" -, nunca encontrou espaço na unanimidade dos operadores do direito, seja em sede doutrinária, seja na seara jurisprudencial.

Tal resistência seria fruto da simples constatação de que a capacidade de consentir do menor de 14 anos não poderia ser aferida, *prima facie*, a partir da adoção de um critério meramente etário, sem levar em conta informações do domínio psicológico, social e cultural da pretensa vítima.

A óbvia fragilidade e vulnerabilidade das crianças, os recursos limitados de que dispõem tanto no plano das capacidades físicas como de natureza cognitiva, emocional e social, ganham dimensões particularmente preocupantes num mundo caracterizado por rápidas mudanças sociais, sobretudo no que diz respeito à franquia da liberdade sexual cujo apelo se dá de maneira avassaladora através de um frenesi midiático que se apoia, cada dia mais, em uma vitrine instintiva do sexo.

Atento, pois, a essa realidade peculiar a que indivíduos em desenvolvimento estão submetidos, é que o legislador, inspirado pelas diretrizes fornecidas pelo Constituinte de 1988, editou, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente visando a regulamentar especificamente os direitos desses jurisdicionados, com a proposta de lhes garantir a chamada "proteção integral".

Expressa no artigo 227 da Constituição e disciplinada no artigo 1º do ECA, a doutrina da proteção integral busca garantir à criança e ao adolescente um crescimento saudável, para que cheguem à idade adulta em pleno equilíbrio moral, espiritual, intelectual, físico e socialmente adaptado.<sup>64</sup>

O referido diploma normativo, de início, busca estabelecer, em seu artigo 2º, uma distinção conceitual entre criança e adolescente, determinando que "considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".

Tal distinção terá reflexos ao longo de todo o diploma normativo no que diz respeito ao tratamento dispensado à criança e ao adolescente, reconhecendo o legislador que os direitos e responsabilidades de um e de outro devem ser tutelados de formas distintas atendendo às peculiaridades de cada faixa etária.

Assim é que, por exemplo, o ECA, ao disciplinar o procedimento para colocação do menor em família substituta - seja através de guarda, tutela ou adoção - exige que seja colhido em audiência o consentimento do mesmo quando este for maior de 12 anos - adolescente, portanto.

Tal expediente deixa evidente que o legislador ordinário conferiu grande relevância à manifestação volitiva do adolescente, porquanto a alçou à condição de requisito *sine qua non* para que uma eventual adoção, por exemplo, venha se perfazer.

Não fosse isso suficiente, a norma estatutária também trata com diferente rigor crianças e adolescentes no que diz respeito à apuração de ato infracional atribuído a um e outro.

Tendo em vista o maior grau de discernimento do menor com mais de doze anos, o artigo 112 do ECA prevê sanções mais graves quando é um

---

<sup>64</sup> ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 01.

adolescente o agente da prática de ato infracional correlato a crime, podendo inclusive vir o mesmo a ser internado em estabelecimento educacional.

Nesse contexto, causa espécie o fato do legislador, em âmbito penal, reputar irrelevante a vontade do maior de 12 e menor de 14 anos para consentir na prática de atos sexuais, sob a escusa de que o mesmo não teria o discernimento necessário para tomar decisões relativas ao exercício de sua liberdade sexual.

Ora, é evidente que quem tem capacidade e discernimento para ser punido com medida acautelatória que lhe priva a liberdade, bem como para decidir sobre sua adoção - isto é, eleger aquela que, a princípio, pelo resto da vida, será sua família e lhe prestará assistência material, emocional, administrará seus bens, dentre outras coisas -, tem capacidade, ao menos relativa, para consentir com atos da sua vida sexual.<sup>65</sup>

Qualquer compreensão distinta desta estaria, paradoxalmente, reconhecendo, de um lado, a capacidade relativa dos ditos adolescentes para compreenderem o caráter ilícito de suas condutas e dar a última palavra acerca de sua colocação em família substituta, e de outro, de maneira incoerente, a incapacidade absoluta de se autodeterminarem no campo sexual, dada a sua insciência absoluta acerca das conseqüências de manterem relações íntimas.

Isto é, apesar de terem discernimento suficiente para obstarem um complexo processo de adoção, bem como sofrerem a imposição de medidas socioeducativas em razão da prática de ato infracional - inclusive correspondente à estupro de vulnerável -, não teriam capacidade para consentir de forma válida com a prática de um simples ato sexual.

Dessa forma, se por um lado é forçoso se reconhecer que o critério biológico adotado pelo Código Penal, escorado na tenra idade do ofendido,

---

<sup>65</sup> Gomes, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 91.

reflete em alguma medida, ainda que de maneira parcial, a capacidade de discernimento do menor para prática de determinados atos, de outro é impossível não se notar a dissonância existente entre a postura do legislador quando o parâmetro comparativo é o estatuto protetivo da criança e adolescente, diploma este, *a priori*, editado pelo mesmo Poder Legislativo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 4º e 5º, atribui à família, ao Estado e à comunidade o dever de proporcionar a proteção à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, no que tange à liberdade, à dignidade, ao respeito, à exploração, à violência e à crueldade.

Na contramão da norma estatutária, a tutela penal prevista no artigo 217-A, levando em consideração a situação particular dos indivíduos em desenvolvimento, parece estabelecer, ao menos do ponto de vista formal, que sempre haverá uma coação psicológica na prática da relação sexual envolvendo o menor de catorze anos diante da sua impossibilidade de compreender o ato que ali estaria sendo praticado.<sup>66</sup>

A proibição da conduta apega-se à própria essência de um bem jurídico de contorno sugestivamente moral, para vedar, em caráter absoluto, toda e qualquer prática sexual envolvendo menores de 14 anos, criando, pois, uma ruptura com o que preconiza o próprio ECA.

Segundo o referido diploma normativo, não deveria o Estado assumir pautas meramente paternalistas, mas garantir, a todo custo, a autodeterminação e a liberdade dos sujeitos na conformidade de suas reais capacidades de discernimento, delegando à instância familiar e educativa o papel de conscientizar e orientar o menor em sua vida sexual - expediente este, decerto, muito mais eficiente do que a instância penal.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a Dignidade Sexual: Comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33-34.

<sup>67</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Estupro bilateral: um exemplo limite. Boletim IBCCRIM : São Paulo, ano 17, n. 202, p. 8-9, set. 2009.

É por esta razão que importantes vozes, sobretudo em sede doutrinária, têm defendido a necessidade de relativização do conceito de vulnerabilidade, ao menos em relação às vítimas definidas como adolescentes pela norma estatutária. Nesse sentido, posicionam-se GRECO e RASSI<sup>68</sup>, autores para os quais a vulnerabilidade é “questão de fato que deverá ser apreciada em conjunto com o caso concreto quando o adolescente detém idade entre doze e quatorze anos”.

Trata-se de interpretação não só mais consentânea com a nossa realidade social atualmente, bem como mais harmônica dentro do próprio ordenamento jurídico como um todo, porquanto alicerçada em um diploma legal que, por ter um viés protetivo do bem estar da criança e do adolescente, detém melhores condições de determinar o patamar em que o discernimento do menor padece de validade.

Nesse sentido, apontando as incongruências que uma interpretação disjuntiva do ECA e do Código Penal podem causar, SALVADOR NETTO<sup>69</sup> traz à baila a enigmática figura do estupro bilateral: hipótese em que menores de catorze anos, ao praticarem atos sexuais, estariam cometendo simultaneamente ato infracional correspondente a estupro de vulnerável, sendo ambos os autores e vítimas da mesma infração.

Este seria um exemplo em que o paradoxo interpretativo do consentimento e capacidade de discernimento do maior de 12 anos e menor de 14 ficaria em voga, porquanto o mesmo indivíduo em formação, de um lado estaria sujeito às medidas sócio educativas previstas no art. 112 do ECA em função de compreender a gravidade do ato infracional por ele praticado e, de outro, seria vítima do mesmo ato infracional, em razão de não ser capaz de compreender e, portanto, consentir com a prática daquele mesmo ato sexual.

---

<sup>68</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103.

O debate acerca do critério etário a ser adotado pelo Código Penal ganha destaque, ainda, com a regulamentação trazida pelo Anteprojeto do Novo Código Penal, veiculado no PLS 236/2012.<sup>70</sup>

Repercutindo as críticas que há muito a doutrina penalista sublinhava em relação ao intervalo etário proposto desde a extinta figura da presunção de violência, parece que o legislador resolveu adotar, no novo preceito incriminador do estupro de vulnerável agora consubstanciado no art. 186, a idade de 12 anos como elementar objetiva do tipo.<sup>71</sup>

Atendendo aos inúmeros apelos por uma harmonização entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, o PLS 236/2012 vai ainda além, estabelecendo no art. 503 que "Para efeitos penais, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" - exatamente a mesma redação do artigo 2º do ECA.

Essa proposição legislativa demonstra a consistência das críticas que vêm sendo feitas pela doutrina acerca da necessidade de adoção dos critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não é possível se saber de antemão se as divergências serão sanadas de forma unânime caso essa tendência venha se confirmar, mas é possível prever que a insatisfação de grande parte da doutrina restará sanada ou, ao menos, mitigada com a adoção do critério etário de doze anos que, nada mais é, do que uma solução ponderada, intermediária entre a corrente absolutista do conceito de vulnerabilidade e aquela que não cria balizamentos etários para sua relativização.

---

<sup>69</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Estupro bilateral: um exemplo limite. Boletim IBCCRIM : São Paulo, ano 17, n. 202, p. 8-9, set. 2009.

<sup>70</sup> <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>

<sup>71</sup> Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos.



Veja-se que, com a adoção da idade de doze anos, não ficarão desprotegidos frente às relações sexuais os menores com idade entre doze anos e quatorze anos, uma vez que o juízo sentenciante deverá sempre avaliar a higidez do consentimento do menor, buscando diferenciar a situação em que houve abuso sexual da hipótese em que há, de fato, livre consentimento.

Atento a esta situação esclarece LEITE<sup>72</sup> que sempre haverá abuso sexual quando existir uma circunstância de desigualdade - seja de que ordem for - entre o agente e o menor. Essa situação caracterizaria hipótese de consentimento viciado, uma vez que o agente estaria obtendo a prática de ato sexual com menor de idade por meio de troca de dinheiro, presentes ou, ainda, valendo-se de sua superioridade ou da inocência do infante.

Sem prejuízo, portanto, de uma tutela efetiva, parece ser a interpretação do artigo 217-A à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente a alternativa que, a um só tempo, traz maior coerência em termos de uniformização do sistema jurídico e se apresenta ainda como a solução mais consentânea com a realidade dos usos e costumes de nossa sociedade na seara da autodeterminação do adolescente na esfera da sexualidade.

---

<sup>72</sup> LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia*. Lisboa: Almedina, 2004. p. 41 citada por Rassi, João Daniel. *A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro*: Revista Brasileira de Ciências Criminais: São Paulo, ano 19, n.º 92, set./out. 2011. p. 77.

## **CAPÍTULO 5: O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL**

### **5.1 UM BREVE ESCORÇO TEÓRICO**

O princípio da adequação social, lido sob a égide do postulado da intervenção mínima, tem por escopo auxiliar os operadores do direito na árdua tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do Direito Penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-se, pois, apenas à tutela jurídica de valores socialmente indiscutíveis que outros meios de controle social tenham se revelado insuficientes para salvaguardar.

Sob a rubrica de princípio limitador do poder punitivo estatal, incumbido, pois, do ofício de selecionar dentro do universo de valores do indivíduo apenas aqueles que lhe são mais caros em uma dada sociedade e em um dado momento histórico, sua observância é impositiva tanto para o intérprete quanto para o legislador responsável pelo desenho institucional do diploma repressivo.

Se de um lado o princípio da adequação social se destina a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens jurídicos cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade, de outro, exige ele do intérprete uma postura ativa no sentido de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando suas potenciais interpretações àquelas que se coadunam com uma leitura socialmente aceita.<sup>73</sup>

Diante, portanto, de diversas possíveis leituras de um determinado tipo penal, deve o magistrado inclinar-se em favor daquela que ao mesmo tempo que resgata a finalidade e eficácia da norma, está em consonância com a tábua axiológica da sociedade, naquele contexto cultural e histórico em que está inserida.

---

73 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012, p.56

O silogismo jurídico que encerra o conceito do princípio da adequação social é bem definido nas palavras do Professor Francisco de Assis Toledo que assim vaticina:

"Pode ser enunciado em poucas palavras: se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas"<sup>74</sup>

A título complementar, irretocáveis os escólios do professor Rogério Greco:

"A vida em sociedade nos impõe riscos que não podem ser punidos pelo Direito Penal, uma vez que essa sociedade com eles precisa conviver da forma mais harmônica possível.

O trânsito nas grandes cidades, o transporte aéreo e a existência de usinar atômicas são exemplos de quão perigosa pode tornar-se a convivência social. Mas, conquanto sejam perigosas, são consideradas socialmente adequadas, e, por esta razão, fica afastada a interferência do Direito Penal sobre elas."<sup>75</sup>

Em determinados casos concretos, em que a conduta do agente aparece claramente como algo normal, comum, consoante determinado ambiente e período histórico-cultural, afasta-se qualquer necessidade de pena, que político-criminalmente só se justifica quando em jogo está a convivência social, diante de ataques sérios e transcendentais para bens jurídicos de grande importância, em razão da lesividade ou ofensividade.

---

74 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131

75 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012, p.55

Nesse contexto, o referido expediente normativo foi inicialmente idealizado enquanto excludente de tipicidade, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem os bens protegidos pelo Direito Penal, em razão da sua adequação social.

Veja-se, pois, que a aplicação do princípio em comento, em um primeiro momento, passa pela percepção axiológica do tipo penal enquanto expressão de danosidade e periculosidade social da conduta descrita.

Como é sabido, a tipicidade, dentro do conceito analítico de crime, não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime em abstrato, devendo-se revelar, ainda, inadequada e ofensiva para o bem jurídico protegido pela lei penal.

O juízo de tipicidade, para que tenha significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve ser visto, em sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo.

Novamente, pela clareza de sua exposição, mister se faz a transcrição das lições do mestre Francisco de Assis Toledo neste aspecto:

"É que, se considerarmos o tipo não como simples modelo orientador, ou diretivo, mas como portador de sentido, ou seja, como expressão de danosidade social e de periculosidade social da conduta descrita, ampliar-se-á consideravelmente esse poder de decisão a nível do juízo de atipicidade, fato que conduz a efeitos práticos tão evidentes que quase não precisariam ser demonstrados".<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 130

Imperioso se consignar que, a despeito de ter sido o princípio da adequação social preconizado por Welzel<sup>77</sup>, seu grande idealizador, como uma excludente de tipicidade -incidindo sob sua perspectiva material-, nossa doutrina e jurisprudência tem sido reticente na adoção do referido rótulo.

Essa resistência dogmática em muito se deve ao alto grau de abstração que circunscreve a ideia de conduta socialmente adequada. Mesmo Welzel, seu grande entusiasta, não logrou êxito em estatuir balizas técnicas minimamente seguras para que os aplicadores do direito pudessem sobre elas transitar e fixar algum parâmetro para aplicação do referido princípio.

A imprecisão do critério da "adequação social", inclusive, levou Welzel a vacilar sobre seus efeitos, admitindo-o ora como uma excludente de tipicidade, ora como causa de justificação, para ao fim, contentar-se em afirmar que o princípio em tela seria uma regra geral de interpretação, entendimento este endossado por renomados penalistas.<sup>78</sup>

De fato, a ausência de uma construção teórica minuciosa traçando o alcance da adequação social, o torna um conceito um tanto quanto vago e impreciso, relegando ao julgador uma excessiva carga de subjetividade na seleção de condutas substancialmente típicas.

Por outro lado, o reconhecimento do princípio da adequação social enquanto filtro interpretativo da amplitude do tipo penal, sem cair na temida ideia de que a qualquer tempo o "costume pode revogar a lei", já representa uma grande avanço na contenção da arbitrariedade do poder punitivo estatal.

Isso porque, muito embora esse viés da adequação social, isoladamente, não seja o suficiente para o reconhecimento da atipicidade material da conduta, ao menos confere ao julgador legitimidade para a partir de um cotejo entre a

---

<sup>77</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de acción finalista*. Tradução por José Cerezo Mir.

<sup>78</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50

realidade e a norma, afastar, dentro dos limites do próprio texto legal, interpretações que estejam em descompasso com o "âmbito normal de liberdade de ação social"<sup>79</sup>

À semelhança do que ocorre com a técnica da interpretação conforme a Constituição, aqui não é dado ao intérprete a discricionariedade para subverter o sentido da lei, porquanto deve o mesmo permanecer adstrito à textura legal do tipo.

A importância da adequação social revela-se, pois, sobretudo no plano dos supostos "tipos legais abertos", isto é, ao nível dos tipos legais integrados por elementos normativos em sentido estrito, cuja valoração possa dar azo a diferentes interpretações, umas mais próximas da realidade social do que outras.

Debruçando-se sobre a conexão existente entre elementos normativos e as tarefas de complementação hermenêutica, pontua o professor Alamiro Velludo Salvador Netto<sup>80</sup>:

Definidos inicialmente pelos precursores neokantianos, os elementos normativos, para ganharem sentido, exigem do intérprete a percepção dos “*pressupostos lógicos de uma norma, pressupõem sistemas de normas jurídicas ou sociais*”. Por tudo isso, eles inexistem fora do mundo humano. Ao contrário, obrigam-nos à reflexão. Trazem o mundo humano ao direito e, simultaneamente, lapidam o direito para este mesmo universo humanizado. Não é à toa, portanto, a constante conexão realizada entre elementos normativos e as tarefas de complementação hermenêutica.

Exemplo paradigmático e bastante ilustrativo da dinâmica de funcionamento da adequação social enquanto simples parâmetro hermenêutico interpretativo envolve a aplicação do preceito primário do delito de "ato obsceno", consubstanciado no artigo 233 do Código Penal.

---

<sup>79</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de acción finalista*. Traduzido por José Cerezo Mir. IBDEF: Montevideo, p. 84-89

<sup>80</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Estupro bilateral: um exemplo limite*. Boletim IBCCRIM : São Paulo, ano 17, n. 202, p. 8-9, set. 2009.

A despeito de uma primeira leitura da elementar normativa "ato obsceno" sugerir que o tipo penal se perfaça com um "simples mostrar de seios" em público - dado que o próprio preceito incriminador não faz menção a qualquer "especial fim de agir" -, sua textura autoriza o intérprete, diante da percepção de que a noção de "ato obsceno" é dinâmica e se transmuta com a sociedade, a proceder a uma leitura que exija do magistrado uma avaliação casuística para se aferir a tipicidade daquele *topless*.

Veja-se que, nesse exemplo, a adequação social está adstrita à possibilidade de se proceder a uma releitura do tipo penal, sem a imposição, *prima facie*, do reconhecimento de se estar diante de um caso de atipicidade material. Ao adentrar na análise do caso concreto, pode o magistrado, por exemplo, entender que o *topless* nas circunstâncias em que fora feito, estaria apto a configurar o modelo proibitivo em apreço.

O que o princípio da adequação social busca garantir, nessa hipótese, portanto, é que o juiz abra espaço para avaliação do caso concreto, não se contentando, *a priori*, com um conceito absolutista de "ato obsceno" que inadmitiria uma dilação probatória para se constatar uma efetiva lesão ao bem jurídico.

Embora tênue a distinção funcional que o princípio da adequação social comporta, os efeitos de uma ou outra qualificação - se excludente de tipicidade ou simples regra hermenêutica - carregam enormes diferenças.

O que se pretende demonstrar na sequência é que, mesmo sendo forçoso se admitir que a ausência de um arcabouço teórico impossibilita a extração de toda a potencialidade do princípio da adequação social, a parcela de efeitos que dele advém no campo da hermenêutica - esta sim unanimidade nos manuais de direito penal - ainda que diminuta, é o suficiente para obstar uma leitura absolutista da vulnerabilidade inscrita no artigo 217-A.

## **5.2 A CHANCELA EMPÍRICA DA APLICAÇÃO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL EM CASOS ENVOLVENDO O DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Em decorrência da ausência de um critério técnico que nos sirva de parâmetro para se avaliar os limites da liberdade de ação social, o processo de valoração de tolerabilidade comunitária de uma conduta que autorize a aplicação do princípio da adequação social, passa necessariamente por uma aferição empírica, com suporte em dados da realidade social que estejam aptos a demonstrar a aceitação daquele determinado comportamento.

É inegável a existência de uma manifesta conexão genética entre moral e sexualidade no campo normativo. Vários dos preceitos incriminadores dos crimes sexuais trazem consigo a reflexão de uma moral social tradicional que vem, paulatinamente, sendo negada pela juventude.

Em nosso país, a juventude não escapou ao impacto da explosão demográfica, da industrialização e do progresso técnico-científico que marcam nosso tempo e potencializam a rapidez com que valores, em âmbito coletivo se modifiquem.

Nos domínios da sexualidade, por exemplo, há muito vem se deixando de lado o silêncio hipócrita outrora exaltado em matéria sexual, franqueando-se o ingresso desse assunto no seio da educação familiar e escolar, reconhecendo-se ser esta uma medida necessária e salutar diante do apogeu da era digital, em que a insaciável curiosidade infanto-juvenil encontrou inesgotáveis fontes de informação que, à revelia do controle parental, lhes confere acesso ilimitado ao mundo da sexualidade.

Seja na televisão, no cinema, na imprensa, na internet, o cotidiano do jovem está inundado pela temática em apreço, sendo forçoso se reconhecer que sua assimilação, ainda que por osmose, é uma tônica sem volta.



A vitrine da sexualidade, nos tempos atuais, tem inclusive devassado espaços tradicionalmente dedicados exclusivamente à criança e ao adolescente. É o caso dos desenhos, dos brinquedos, do vestuário infantojuvenil e da própria literatura infantil - ambientes estes que, cada vez mais, estão impregnados por um erotismo comercial velado.

Sem a pretensão de aqui se fazer afirmações genéricas com lastro naquilo que possa ser fruto de uma percepção particular, traz-se à baila interessantes dados empíricos que corroboram com o que se sustenta e muito dizem à respeito das transformações do padrão comportamental sexual do jovem, responsável pelo surgimento de um novo paradigma social na seara da sexualidade.

Em pesquisa capitaneada por psicólogos e publicada pela Revista Veja<sup>81</sup> na virada do século XXI, pais e mães relatam, com espanto, a abrupta mudança de perspectiva na iniciação da vida sexual dos adolescentes quando traçado um paralelo com o mesmo público alvo anos atrás.

De acordo com dados levantados na pesquisa, enquanto no passado o grande receio da família circunscrevia-se à maneira como seus filhos iam ser vistos na sociedade - traço distintivo do tabu que representava a temática em apreço, reduzida à lógica do "casar primeiro para conhecer o sexo depois" -, atualmente, ocupa lugar de destaque na preocupação dos pais o impacto da sexualidade na qualidade de vida do adolescente.

Com a percepção de que não mais é o instituto do matrimônio o responsável por cancelar a cognição dos meandros da vida sexual, a preocupação dos pais se deslocou da necessidade de se manter "hígida" a reputação de sua prole, para a necessidade de instruí-la a lidar com os percalços inerentes aos impulsos e instintos afeitos a essa faixa etária.

---

<sup>81</sup> Disponível em <<http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquisa/sexo/1633.html>>. Acesso em 30.10.2014.

Não por outra razão a pesquisa é peremptória ao afirmar que "nunca uma geração esteve tão bem informada sobre métodos anticoncepcionais e a necessidade de proteção contra doenças sexualmente transmissíveis".

Essa nova perspectiva é o móvel para que os pais se empenhem em instruir sua prole cada vez mais cedo acerca de potenciais incursões na vida sexual.

A mesma lógica vem se reproduzindo na seara da educação sexual levada a cabo pelas redes de ensino fundamental. Segundo a Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE) 2012, divulgada no dia 19 de junho pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE)<sup>82</sup>, uma média de 70% do universo de entrevistados<sup>83</sup> informaram já ter recebido na escola orientação sobre os assuntos "aids ou outras doenças sexuais", "aquisição gratuita de preservativos" e "prevenção de gravidez".

Ainda de acordo com a mesma pesquisa o número de adolescentes brasileiros que iniciam a vida sexual entre 13 e 15 anos representa 28,7% deste grupo - lembrando-se que essa faixa etária é, por consequência lógica, ainda menor se considerarmos o início das relações amorosas de pouca estabilidade ("ficadas e namoricos") que antecedem, em geral, o ato sexual.

O psiquiatra e sexólogo Jairo Bouer, em entrevista concedida ao "Correio de Uberlândia"<sup>84</sup>, comenta os dados levantados na pesquisa acima enunciada, apontando, com propriedade, a influência da cultura brasileira e dos veículos de comunicação em massa como fatores determinantes para a precocidade sexual do jovem:

---

<sup>82</sup> Disponível em < [www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pense/2012/pense\\_2012.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pense/2012/pense_2012.pdf) >

<sup>83</sup> O universo pesquisado era formado por estudantes cursando a 8ª série do ensino fundamental tanto nas redes públicas (na esfera federal, estadual e municipal), como particulares de ensino de todo o território nacional.

<sup>84</sup> Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/sexualidade-precocidade-atinge-287-dos-adolescentes-de-13-a-15-anos/>>. Acesso em: 30.10.2014

"A cultura do Brasil, a exposição do corpo e os veículos de comunicação estimulam a precocidade sexual. A grande quantidade de informação a que eles têm acesso, principalmente pela internet, também contribui para um início mais cedo da vida sexual"

Dado o contexto delineado, não seria de todo exagero se afirmar a existência de uma verdadeira revolução no campo da sexualidade infantojuvenil, timbrada por um novo comportamento sexual avançado nas idades precoces e uma maior igualdade entre os sexos provocada pela mitigação de uma ótica excessivamente patriarcal da família e por um crescente diálogo entre as instituições educacionais da sociedade (a escola e a família) e o jovem.

Tal percepção é compartilhada pelo douto magistrado Márcio Bártoli<sup>85</sup>, para quem:

É mais do que evidente que nos dias atuais não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à adolescência continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser tema preconceituoso e até 'ímoral' de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque: na família, onde é discutido livremente, até por questão de sobrevivência, em virtude do surgimento e disseminação de moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o 'status' de matéria curricular, e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto quase que corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema 'sexo' flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com menos de 14 anos de idade uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a 'rechaçar' as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.

Com arrimo, pois, nesta nova ordem social revelada funcionalmente a partir de dados concretos do contexto histórico-social da vida dos brasileiros, forçoso se reconhecer que não há como se alijar do âmbito cognitivo do intérprete a possibilidade de se oportunizar, com fundamento no princípio da

---

<sup>85</sup> BÁRTOLI, Márcio. *A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 678, 1992, p. 412.

adequação social enquanto critério hermenêutico-interpretativo, a relativização do critério etário estabelecido no preceito incriminador do artigo 217-A.

### **5.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR CRITÉRIO ETÁRIO**

Ante o arcabouço empírico acima colacionado, é estreme de dúvidas a projeção social que possuem os efeitos do corte dogmático provocado pela fixação de limite de idade para a atribuição de eficácia jurídica à manifestação de vontade do menor no campo da sexualidade.

Tal reconhecimento, conforme esclarecido linhas atrás, é o grande elemento de conexão para atrair a incidência do princípio da adequação social, exigindo do intérprete sua utilização, ainda que apenas de parcela de sua potencialidade, adstrita à função de regra hermenêutica.

Muito embora o embate acerca da relativização da vulnerabilidade em razão da idade seja travado à luz de uma elementar objetiva que, se analisada isoladamente, não abre espaço para incursões de cunho valorativo, é inegável que o critério etário adotado, fundado sob bases estritamente biológicas, encerra em si a presunção de que o consentimento do menor de 14 anos é juridicamente irrelevante para fins de tipificação do delito em análise.

Caso assim não o fosse, não apenas a razão de ser da incriminação restaria esvaziada, bem como o delito em apreço seria flagrantemente inconstitucional diante da inexistência de ofensa ao bem jurídico tutelado, porquanto não há que se falar em violação à liberdade sexual nas hipóteses em que, livremente, o menor consente com a prática do ato.

Não por outra razão, não deixa de existir uma certa presunção, considerando-se que, “baseado em certas probabilidades, supõe-se algo”<sup>86</sup>

De tal sorte é que, apesar de, tecnicamente, não estarmos expressamente diante de uma elementar normativa por excelência, é sobre ela que os efeitos da adequação social repercutirão, porquanto seu cotejo com o bem jurídico tutelado abre espaço para, pelo menos, uma duplicidade interpretativa.

Firmadas estas premissas, inexistindo qualquer aresta de dúvidas de que a questão da vulnerabilidade subjacente ao critério etário do *caput* do artigo 217-A suscita interpretações diversas, umas mais consentâneas com a presente ordem social que outras, está o magistrado autorizado a manejar o princípio da adequação social, possibilitando a redução da amplitude do tipo penal em tela, a partir da avaliação de cada caso concreto.

A adequação social, portanto, garantirá ao intérprete o poder de aferir casuisticamente, a capacidade da vítima em manifestar sua vontade sexual livremente, somando-se ao critério cronológico uma apreciação judicial valorativa, nas hipóteses em que os ofendidos, em razão de sua idade, se encontrarem numa situação limítrofe entre a pré-puberdade e a puberdade, e, portanto, apresentarem níveis de maturidade extremamente variados conforme as circunstâncias em que tiverem insertos.

Embora já mencionado anteriormente, convém frisar que pela própria dinâmica de utilização que aqui se propõe do princípio, não servirá o mesmo, enquanto regra de interpretação, para fundamentar qualquer édito absolutório. O papel que compete a adequação social na condição em que está sendo colocada, restringe-se a franquear ao juiz e, conseqüentemente, às partes, o ingresso nas circunstâncias fáticas que gravitam em torno do caso concreto e

---

<sup>86</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 966

que, por sua vez, aí sim, poderão conduzir a um desfecho libertário. Trata-se, portanto, de um “meio” (instrumento) e não de um “fim”.

É de se notar ainda que a aplicação desse princípio, com a consequente possibilidade do magistrado proceder à análise da capacidade de consentimento da vítima, está adstrita aos casos em que a situação *sub judice* se encontra dentro dos limites de aceitação social do desvalor penal do resultado, na medida em que é este o fundamento para o manejo da regra hermenêutica em comento.

Dito isso, constata-se, de plano, que não será todo e qualquer caso envolvendo menores de catorze anos em que poderá o juiz ingressar em uma avaliação casuística da capacidade de autodeterminação do menor –sendo forçoso se reconhecer que, de fato, em algumas situações, remanescerão os óbices impostos pela vulnerabilidade absoluta.

O alcance de tal limitação é dado pela própria sociedade que, com razão, reconhece que a partir de uma determinada faixa etária, o grau de desenvolvimento psíquico do menor o impossibilita de compreender a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade.

Neste aspecto, embora não haja consenso sobre uma idade específica em que o menor apresenta desenvolvimento psíquico suficiente para se autodeterminar em matéria de sexualidade, o Estatuto Menoril de 1990, atento às transformações sociais trouxe para seu texto normativo um retrato daquilo que vem sendo aceito, praticamente à unanimidade, pela sociedade no âmbito da capacidade de entendimento e autodeterminação do menor.

Sem prejuízo, portanto, de todos esclarecimentos tecidos em capítulo próprio acerca da proposição de uma abordagem sistemática do parâmetro etário estabelecido no artigo 217-A do CP e as diretrizes do ECA, reitera-se, neste momento, agora justificando-se tecnicamente, através do princípio da

adequação social, a eleição da faixa etária que o diploma protetivo adotou para se referir ao adolescente, como sendo o limite para relativização do conceito de vulnerabilidade.

É certo que tal princípio não é estático, como também não o é a sociedade. Por esta razão, em que pesem as considerações aqui tecidas, nada impede que, dentro de um curto espaço de tempo, venha o referido instrumento de interpretação admitir uma abordagem casuística de situações que, *a priori*, estariam fora de sua atual circunscrição.

Ademais, destaque-se ainda que a aplicação do princípio tem o mérito de pôr fim, a um só tempo, a todos os questionamentos de ordem constitucional sobre os quais já nos debruçamos neste trabalho. A autorização para que o magistrado se aprofunde em circunstâncias do caso concreto, devolve às partes a oportunidade de, no campo probatório, levarem à cognição do juízo elementos aptos a demonstrar que inexistente qualquer violação ao bem jurídico naquela determinada hipótese, como ainda exige do Ministério Público, na qualidade de órgão acusatório, que não se desincumba de desconstruir o estado de inocência do réu, competindo-lhe demonstrar amiúde a integralidade dos fatos que levam à conclusão de que houve efetiva lesão à liberdade sexual.

Vê-se, pois, que a incidência do princípio da adequação social na seara dos crimes sexuais, nada mais faz do que atribuir maior legitimidade a intervenção penal numa esfera tão íntima do indivíduo como a sua sexualidade, mediante uma avaliação mais precisa dos comportamentos sexuais puníveis numa sociedade pluralista e democrática.

## CONCLUSÃO

É estreme de dúvidas que a criança e o adolescente merecem especial atenção do legislador, inclusive na seara penal, para que possam vir a desenvolver, no domínio da sexualidade, a plena autonomia que os permita compreender a repercussão de suas escolhas nesse terreno.

Sem a pretensão, pois, de se afrontar as boas intenções do legislador, é necessário se reconhecer que a fórmula encontrada pelo mesmo para promover a tutela penal nestes casos - baseada, em última análise, ainda em presunções - se lida em sua forma absoluta, acaba por constituir, sob o patrocínio de uma ideologia moral ultrapassada, um verdadeiro cerceamento da liberdade sexual do jovem, impondo-lhe um dever geral de abstenção, que não se compatibiliza com o enfoque moderno dada à temática pela própria sociedade.

Não por outra razão, absorvendo essa inquietação, tem a doutrina e parte da jurisprudência esforçado-se para atenuar o rigor gramatical do texto legal, aproximando-o da realidade, embora, por vezes, venham prevalecendo, de forma equivocada, soluções ainda atreladas à ultrapassada defesa do pudor e da moralidade, opção antiga do legislador penal sexual, que acaba, nos dias atuais, criando graves distorções na aplicação do dispositivo do estupro de vulnerável, inclusive no que diz respeito a sua constitucionalidade.

Em que pese tenha sido a idade cronológica - a despeito de seus “senões” - na falta de um critério mais eficiente e seguro, aquele utilizado pelo legislador brasileiro como marco determinante da aquisição da capacidade de consentimento válido para o ato sexual pelo indivíduo, urge sejam levadas em conta para avaliação da higidez da manifestação volitiva do menor, informações de seu domínio psicológico, social e cultural.

A intensa propaganda sexual através dos meios de comunicação provocou uma ampla discussão, no âmbito doméstico, escolar e social, sobre a sexualidade, determinando uma mudança nos padrões morais em geral, com



uma maior permissividade, fomentando um desenvolvimento psicosssexual cada vez mais precoce dentre os jovens com menos de 14 anos.

O Estatuto Menoril, que disciplina direitos e deveres de menores, soube, inclusive, acompanhar esta evolução social, tanto assim que passou a atribuir certa capacidade de entendimento e consentimento aos menores a partir dos 12 anos, fazendo nítida diferenciação entre criança e adolescente ao atribuir-lhes diferentes prerrogativas e sancionamentos vinculados ao seu distinto grau de compreensão de seus atos.

Evidente, desse modo, a mudança de postura do legislador acerca do momento de alcance da maturidade mental pelo menor, surgindo, por isso mesmo, incompatibilidade entre o diploma repressivo e o estatuto do menor.

Para solucionar tal incongruência propôs-se aqui a utilização do princípio da adequação social que, embora rechaçado pela doutrina em sua envergadura máxima - que poderia levar inclusive ao reconhecimento da atipicidade material da conduta em alguns casos -, enquanto regra interpretativa, conduz o magistrado a uma leitura relativista da vulnerabilidade, apontando as balizas traçadas pelo ECA como aquelas mais consentâneas com nosso atual desenho social, a partir das quais poderá, o intérprete, aprofundar-se nas minudências do caso concreto para avaliar se houve de fato violação ao bem jurídico tutelado.

Tal apreciação valorativa permitiria ao julgador decidir, com maior segurança, pela existência, ou não, de abuso da capacidade de consentimento livre e válido da vítima, e, por conseguinte, de violação do seu direito à liberdade sexual.

Não se pode olvidar, à luz de toda principiologia cara ao Direito Penal, que legítimas são apenas as intervenções estatais que busquem a incriminação de condutas que importem em efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. No caso dos crimes sexuais este bem, de cunho eminentemente pessoal, é a liberdade sexual, entendida como a faculdade de ação e opção no

âmbito da sexualidade que cabe a cada pessoa com a possibilidade de se acionar os meios protetores desta autonomia, sempre que ameaçada em razão de conduta alheia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO, Kleila Canabrava. *Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral*. Boletim IBCCRIM nº 209. Disponível em: [HTTP://www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br).

BARBOSA, Aldeleine Melhor. *Proporcionalidade do Direito penal e processo penal: da teoria à prática*. Boletim IBCCRIM nº 217. Disponível em [HTTP://www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br).

BÁRTOLI, Márcio. *A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 678, 1992.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.365.220, 5ª Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, 07 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.152.864, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, 26 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.021.634, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 23 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.123.607, 5ª Turma, Rel. Des. Honildo Amaral de Mello Castro, 05 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 714.979, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, 09 ago. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 28.553, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, 06 nov. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 75.765, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, 24 fev. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 430.615, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 21 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 88.664, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, 23 jun. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 283.995, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 05 jun. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 173.127, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 19 ago. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 119.091, 2ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, 10 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 109.206, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 18 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 92.219, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, 02 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 99.993, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 24 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 93.263, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, 19 fev. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 81.268, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16 out. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.788, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, 02 mai. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 74.983, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 30 jun. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 74.286, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, 22 out. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 73.662, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, 21 mai. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72.575, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, 04 ago. 1995.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Imputação Objetiva e Teoria da Adequação Social*. Boletim IBCCRIM. Disponível em [HTTP://www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br).

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. JUNIOR, Roberto Delmanto. DELMANTO, Fábio M. De Almeida. *Código Penal Comentado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

FAYET, Fabio Agne. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. *Algumas questões problemáticas - e outras nem tanto - sobre a nova disciplina dos crimes sexuais*. In Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: Homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Org. Roberta Duboc Pedrinha e Márcia Adriana Fernandes. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, v. 3.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13480>>. Acesso em: 26 out. 2014.

LEITE, Inês Ferreira. Pedofilia. Lisboa: Almedina, 2004. p. 41 citada por RASSI, João Daniel. *A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 19, n.º 92, set./out. 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *O menor de 14 anos como autor de agressão sexual - uma análise do revogado art. 224 e do atual 217-A do Código Penal*. Boletim IBCCRIM n.º 241. Disponível em [HTTP://www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br).

MAGALHÃES, Alex Pacheco. *O Princípio Penal Constitucional Da Adequação Social No Direito Penal Constitucional Brasileiro: Novas Facetas*. 1ed. Âmbito Jurídico. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_juridica](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_juridica).

MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2006

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Estupro bilateral: um exemplo limite*. Boletim IBCCRIM : São Paulo, ano 17, n. 202.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade Sexual: Comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

OLIVEIRA, José de Alcântara Machado de. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938

PASCHOAL, Janaina Conceição. *O consumo de prostituição infantil já é crime no Brasil*. Boletim IBCCRIM nº 241. Disponível em <<http://ibccrim.com.br>>.



PRADO, Luis Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial - Arts. 155 a 249*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 5

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, Rio de Janeiro: Saraiva

ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Saraiva

SARAIVA, João Batista Costa. *O "depoimento sem dano" e a "romeo and juliet law"*. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescente a nova redação do art. 217-A do CP. Boletim IBCCRIM nº 205. Disponível em <<http://ibccrim.com.br>>.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de acción finalista*. Tradução por José Cerezo Mir. IBDEF: Montevideo, 2004