



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO**

IGOR FELIPE NOVATO SILVA

**A NECESSÁRIA RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE
ETÁRIA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE A PARTIR
DA PERSPECTIVA DO CASO CONCRETO**

Salvador

2020

IGOR FELIPE NOVATO SILVA

**A NECESSÁRIA RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE
VULNERABILIDADE ETÁRIA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO CASO CONCRETO**

Artigo apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Caio Mateus Caires Rangel

Salvador

2020

**A NECESSÁRIA RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE
VULNERABILIDADE ETÁRIA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO CASO CONCRETO**

Igor Felipe Novato Silva ¹

Caio Mateus Caires Rangel ²

RESUMO: O presente artigo versa sobre a necessária relativização da vulnerabilidade etária no delito de estupro de vulnerável, conforme dispõe o art. 217-A do Código Penal, inserido pela Lei 12.015/2009. Para tanto, em primeiro plano, faz-se uma análise do bem jurídico tutelado nos crimes contra a dignidade sexual, mediante um panorama da evolução histórica do tratamento conferido pelo legislador acerca dos crimes sexuais no ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais. Em segunda análise, são abordados os princípios penais-constitucionais que servem como alicerce na relativização do menor de 14 anos, assim, podendo serem aplicados dentro das situações fáticas e jurídicas existentes. Nesse particular, entendendo ser a liberdade sexual um elemento imprescindível do crime de estupro de vulnerável, avulta-se a observar o instituto do consentimento da vítima como uma causa supralegal de exclusão de ilicitude, de modo a afastar os comportamentos paternalistas ainda enraizados na atual tipificação, visto que há ocorrências em que o suposto ofendido esteja nesse limite etário e ainda assim, não encontram-se enquadrados no conceito de vulnerabilidade. Sob essa perspectiva, com a evolução da sociedade e dos costumes, tornou inconcebível e incoerente estabelecer um caráter absoluto da presunção de vulnerabilidade a todos os menores de 14 anos. Dessa forma, conclui-se que, havendo uma maturidade e discernimento sexual por parte do menor de 14 anos, o consentimento dessa suposta vítima deve ser considerado válido, logo, flexibilizando a aplicabilidade da lei casuisticamente.

Palavras-chave: Crimes contra a dignidade sexual. Estupro de vulnerável. Relativização do menor de 14 anos. Vulnerabilidade. Consentimento da vítima.

SUMÁRIO

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CRIMES SEXUAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 2.1.1 Decreto nº 847 de 1890 2.1.2 Decreto Lei-nº 2.848 de 1940 2.1.3 Advento da Lei nº 12.015/2009 2.2 ELEMENTOS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL 2.3 CONCEITO DE VULNERABILIDADE 3 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO DE PUNIR 3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA 3.3 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL 4 RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ETÁRIA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL 4.1 EFICÁCIA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA 4.2 AUTONOMIA DA VONTADE 4.3 EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA 4.4 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS

¹ Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: igornovato@hotmail.com.

² Graduado em Direito, UCSAL (2007). Pós Graduado em Ciências Criminais (Juspodivm/BA). Advogado criminalista. Palestrante. Professor universitário. E-mail: caiorangeldireitopenal@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em análise apresenta como objeto de estudo, a relativização da vulnerabilidade etária, em casos concretos excepcionais, acerca do crime de estupro de vulnerável, conforme dispõe o art. 217-A do Código Penal.

A princípio, é sabido que a sociedade sofre constantes transformações sociais, e com isso, é exigível que a legislação se adeque ao período histórico e cultural que esteja inserido. Dessa forma, cumpre-se mencionar no primeiro capítulo, a trajetória dos crimes contra a dignidade sexual, sobretudo do crime de estupro de vulnerável. Nessa acepção, ressalta-se que o art. 217-A do CP foi um tipo penal introduzido pela Lei 12.015/2009, a qual é considerada como um marco significativo para os crimes contra a dignidade sexual, antigamente chamada de crimes contra os costumes. Ademais, nesse mesmo capítulo, será estabelecido os elementos do crime do artigo supracitado e a noção do conceito de vulnerabilidade, sendo este último avaliado em diversos âmbitos.

No que tange o segundo capítulo, expor-se-á a incidência dos princípios constitucionais-penais basilares para a relativização do estupro de vulnerável aos menores de 14 anos e, conseqüentemente as violações desses princípios, ao aplicar a lei com um caráter absoluto.

No terceiro capítulo, por sua vez, compreendendo a liberdade sexual como um elemento essencial da dignidade sexual, passa-se a examinar o instituto do consentimento da vítima ou do titular do bem jurídico, com a finalidade de eximir a aplicação do dispositivo referente ao art. 217-A, em casos do consentimento ser considerado válido e consciente.

Por esse viés, no mesmo capítulo, revelará a autonomia da vontade em uma dimensão instituída pela intimidade e a vida privada, das quais manifesta a ideia da autodeterminação sexual como um direito intrínseco. Assim sendo, com a evolução social, torna-se incoerente e ilógico permanecer com uma presunção absoluta de vulnerabilidade aos menores de 14 anos, sendo esta baseada apenas em fundamentos paternalistas da legislação brasileira.

Por fim, o capítulo traz à tona, uma teoria norte-americana designada como “Exceção de Romeu e Julieta”, explicitando os seus fundamentos para a relativização e a aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, especificamente em alguns precedentes jurisprudenciais. Com isso, resta-se claro que o artigo abrange como propósito, as posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes para ocorrer uma análise casuística nas relações sexuais dos menores de 14 anos, aplicando assim, a lei de forma justa e congruente.

2 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O presente capítulo versa sobre os crimes que tutelam a dignidade sexual, o qual apresentará um panorama das alterações da legislação brasileira sucedidas no decorrer do tempo, e serão explanados os fundamentos que ocasionaram essa evolução histórica dos crimes sexuais até alcançar a tipificação vigente, a Lei nº 12.015/2009. Para além, verifica-se que nesse mesmo capítulo será evidenciado os elementos do crime de estupro de vulnerável, tipificado pelo artigo 217-A do Código Penal, bem como o conceito de vulnerabilidade em diferentes domínios.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CRIMES SEXUAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

É imprescindível antes de adentrar ao cerne da temática em análise, compreender toda evolução histórico-penal referente aos costumes e aos princípios amparados em diversos contextos, de modo a analisar a mentalidade do legislador e de todos aqueles que conduziam o sistema punitivo brasileiro, especificamente no tocante aos crimes sexuais.

Nessa conjuntura, tendo em vista a evolução da sociedade, observa-se que a estrutura jurídica deve se encontrar em conformidade com o interesse social, de forma que assegure a justiça e a segurança de todos aqueles que necessita.

2.1.1 Decreto nº 847 de 1890

Em um cenário marcado pelo movimento republicano e pelo fim da escravidão, na década de 1890, surgiu a necessidade da promulgação do Código Penal, uma vez que este fora implementado com a finalidade de suprir falhas da legislação anterior. No que tange os crimes sexuais, constata-se que a honra e a honestidade protegida pelo referido Código objetivavam assegurar os interesses patriarcais, de modo que não degeneraria a imagem da família, exclusivamente, do homem.

Em virtude disso, frisa-se o fato de que nessa respectiva época, as razões e os temores da vítima eram colocados em segundo plano, enquanto que as relações patriarcais eram baseadas nas diferenças entre mulheres honestas e não honestas, sendo este o primeiro fator da análise criminal.

Neste diapasão, em análise aos crimes sexuais, cumpria-se mencionar a incidência de um tipo penal denominado de “defloramento”, o qual era configurado como “deflorar mulher de

menor idade, empregando sedução, engano ou fraude”, tendo em vista que a idade limite estabelecida era de 21 anos, porém a maioria das ocorrências sucediam entre mulheres de 14 e 16 anos (ABREU e CAULFIELD, 1995, p. 15).

Nesse sentido, aferindo-se minuciosamente acerca dos elementos constitutivos do delito de “defloramento”, tem-se, primeiramente, a cópula carnal (elemento material do crime), a qual converte-se em elemento moral mediante o consentimento da vítima; em segundo plano apresenta-se também como elemento, a virgindade; e por último requisito, evidencia-se a idade da vítima que deveria ser entre 16 e 21 anos de idade, assim, caso a vítima possuísse uma idade inferior a 16 anos, haveria a presunção do uso de violência (ESTEVES, 1989; FAUSTO, 1984).

Com base nisso, resta-se claro o posicionamento do legislador de proteger as mulheres correspondentes a essa delimitada faixa etária, bem como àquelas com idade inferior ao limite estabelecido, independente do seu consentimento. Dessa forma, aplicando a lei de forma absoluta a todos os casos que envolvesse uma vítima menor de 16 anos de idade.

Salienta-se que, em virtude de variáveis críticas relacionadas ao Código de 1890, este foi complementado pela Consolidação das Leis Penais de 1932, uma vez que o referente Código demonstrava uma deficiência de solução aos entraves da época. Entretanto, não houve nenhuma alteração do regime jurídico acerca dos crimes sexuais contra menores.

2.1.2 Decreto Lei-nº 2.848 de 1940

Ao que concerne o Código de 1890, fora analisado que este necessitava de reformas para corrigir algumas lacunas. Em razão disso, em 1940, o Governo promulgou um novo Código Penal.

Analisando sob essa perspectiva, ao referir-se aos crimes sexuais, foram aludidos no Título VI do Código Penal, a expressão “Dos crimes contra os costumes”, dessa forma, passou a proteger toda mulher e não assegurando apenas àquelas mulheres virgens do Código de 1890.

O Código Penal de 1940, com base em seu artigo 224, elucidou a violência presumida, isto é, o reconhecimento de um ato de violência àquela pessoa que realiza conjunção carnal com uma menor de 14 anos. Logo, presume-se que a jovem nessa faixa etária específica não teria discernimento necessário para o ato sexual.

Nesse contexto, observa-se que o referido Código Penal, ao presumir a violência nesse aspecto, se afastou do Código de 1890, sendo que este condicionava que a vítima deveria possuir uma idade inferior a 16 anos. Assim, houve uma redução do limite etário para 14 anos,

bem como o aumento dos tipos de presunção (“alienada ou débil mental”; e “quem não pode por qualquer outra causa, oferecer resistência”).

O fundamento da “ficção legal” de violência, como no caso em análise, é justificado pela *innocentia consilli* do sujeito passivo do delito, em outras palavras, a completa incompreensão dos adolescentes com os fatos sexuais, de forma que não é atribuído nenhum valor ao consentimento da suposta vítima. Ocorre que, contemporaneamente, imputar aos adolescentes esse critério relatado seria incoerente com a realidade, dado que, em determinadas situações fáticas, uma pessoa menor de 14 anos completos já possui um conhecimento teórico dos segredos da vida sexual (PASSOS, 2012, p.06).

Dessa forma, essa pertinente discussão fora manifestada no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo ministro Marco Aurélio de Mello, o qual, em voto representativo, aduziu que a presunção de violência, preceituada pelo artigo 224 do Código de 1940, não se encontrava mais condizente com a realidade brasileira. Por este motivo, cabia ao intérprete da lei flexibilizar a sua rigidez, de modo a torná-la mais conveniente e oportuna ao caso concreto, ou seja, permitir a relativização da presunção (STF: HC 73.662/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/05/1996).

Esse entendimento, apesar de ter sido consagrado pelo STF, tornou-se a ser questionado com a promulgação da Lei 12.015/2009, a qual criou um tipo penal autônomo denominado de “estupro de vulnerável”, com fulcro no artigo 217-A do Código Penal. O legislador, ao inserir esse novo dispositivo no ordenamento jurídico, objetivava suprimir a presunção relativa de violência, impondo uma aplicação absoluta a todos os casos.

Enfatiza-se nessa nova tipificação, a alteração do verbo, visto que antes da legislação entrar em vigor, o verbo era “Constranger”, o que resultava em uma maior margem para a discussão da presunção. E, após a vigência da atual legislação, o verbo passou a ser “Ter” ou “Praticar”, o que, literalmente falando, prescinde a análise da presunção, ou seja, basta realizar o ato sexual, independentemente da capacidade de consentir.

Segundo Guilherme Nucci, por sua vez, o surgimento desse tipo penal não torna sepulta a discussão relacionada ao caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência, sendo agora, analisada na figura da “vulnerabilidade” (NUCCI, 2014, p. 112).

2.1.3 Advento da Lei nº 12.015/2009

Sob o prisma da nova Lei nº 12.015 de 07 de Agosto de 2009, constata-se que a implementação dessa referida lei apresentou uma modificação da nomenclatura do Título VI do Código Penal, a qual alterou a expressão “crimes contra os costumes” para “crimes contra a

dignidade sexual”, sendo esta a atual tipificação. A nova denominação tem como finalidade adequar a legislação penal as novas vertentes resultantes da evolução das relações interpessoais e ao próprio regulamento constitucional.

Nesse contexto, essa nova designação pertinente aos crimes de natureza sexual desconsiderou os costumes, não obstante eles encontram-se abarcados pelo conceito de dignidade, o qual é amplo, esta apresentou-se na justificativa de distanciar a ideia de intervenção de como as pessoas deveriam se comportar sexualmente na sociedade, visto que os costumes demonstram um aspecto conservador dos hábitos de uma sociedade ultrapassada. (ESTEFAM, 2019, p. 764).

Corroborando com a ideia do doutrinador André Estefam, nota-se que a sexualidade deve ser observada dentro do espaço da pessoa humana. Em virtude disso, torna-se evidente que essa nova nomenclatura objetiva como finalidade a dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, bem como um íntegro e sadio progresso da personalidade concernente à sexualidade de cada indivíduo (STEFAM, 2009, p. 16-19).

Nesse ínterim, em consonância com o ilustríssimo doutrinador Nelson Hungria, é de fundamental importância compreender que o alicerce de proteção deve ser direcionado a dignidade da pessoa humana, sem haver qualquer forma de interferência na vida sexual individual. Em outras palavras, o legislador deve resguardar a dignidade da pessoa humana, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988, e não os hábitos sexuais que os indivíduos da sociedade decidem praticar, de forma livre, sem ofender nenhum direito alheio, ainda que para algumas pessoas sejam vistos como inadequados e imorais (HUNGRIA *apud* NUCCI, 2014, p. 938-939).

De mais a mais, vislumbra-se que, com o advento da Lei nº 12.015/ 2009, houve a revogação do art. 224 do Código de 1940, o qual preconizava a presunção de violência com os menores de 14 anos de idade. Em contrapartida, o legislador, no âmbito penal, perdeu uma oportunidade ímpar de equiparar as definições de criança e adolescente com o respectivo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Isto é, criança é considerada a pessoa menor de 12 anos; enquanto que adolescente é aquele que possui uma idade superior a 12 anos, assim, devendo a idade de 14 anos ser excluída dessa conjuntura (NUCCI, 2020, p. 755).

De outra maneira, Guilherme Nucci alude que a proteção do direito penal, nos crimes contra a dignidade sexual, deve ser absoluta ao referir-se a criança (menor de 12 anos), contudo, deveria ser relativa acerca do adolescente (maior de 12 anos). Isto explica a coerência do sistema legislativo, se examinado em conjunto (NUCCI, 2020, p. 755).

2.2 ELEMENTOS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Ao introduzir-se no capítulo *sub examine*, revela-se que este gravita em torno da previsão legal do instituto do artigo 217-A do Código Penal e dos elementos que configuram tal delito, o qual será alvo do presente artigo. Nesse sentido, analisando sob o aspecto repressivo, denota-se que foi inserido pela Lei nº 12.015, de 07 de Agosto de 2009, o crime de estupro de vulnerável, sendo este configurado pela prática de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com um menor de 14 anos de idade (217-A, “caput” do CP), ou com pessoa que possua enfermidade ou deficiência mental que impossibilita o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência (artigo 217-A, §1º do CP).

Nesta seara, em uma análise minuciosa acerca do crime previsto no artigo 217-A do CP, observa-se que o supracitado artigo tutela o grupo de pessoas consideradas pela lei como vulneráveis. Isto é, no crime de estupro de vulnerável, o verbo previsto no tipo penal é “ter” conjunção carnal ou ato libidinoso com o agente passivo, sendo estes sujeitos previstos taxativamente como vulneráveis.

Por esta razão, o verbo “ter” não caracteriza a exigência de violência ou grave ameaça para a consumação do crime. Logo, se for realizada a interpretação literal do artigo 217-A do CP, é defeso ter relações sexuais ou atos libidinosos, independente de consentimento, com as vítimas mencionadas no tipo penal.

Ademais, enfatiza-se o fato de que para a configuração do respectivo delito, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, seja homem ou mulher, podendo admitir-se coautoria e participação no crime. Neste caso, é essencial que o indivíduo tenha agido com dolo e tenha ciência da condição de vulnerabilidade da vítima, dado que não há que se falar na modalidade culposa, assim, a ausência de conhecimento da condição específica da vítima caracterizaria erro de tipo, sendo considerada uma conduta atípica.

2.3 CONCEITO DE VULNERABILIDADE

Consoante ao exercício etimológico da expressão “vulnerabilidade”, apresenta-se a conexão de dois vocábulos em latim: *vulnerare*, o qual significa ser ferido, lesado, prejudicado; e *bilis*, entende-se como ser suscetível a algo. Logo, essa definição de vulnerabilidade pode ser compreendida como, estar em perigo ou exposto a possíveis danos devido a uma fragilidade vinculada à existência individual (CARMO; GUIZARDI, 2017, p. 05).

De outra maneira, conforme pressupõe a concepção da Resolução 196, de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, em seu item II.15, configura-se como vulnerabilidade, o estado de pessoas ou grupos, que por quaisquer razões ou justificativas, possuem a capacidade de autodeterminação diminuída, especialmente no que tange ao consentimento livre e lúcido. (MARTINELLI, 2019, p. 12).

Em âmbito criminal, a vulnerabilidade está diretamente vinculada a ideia de indivíduos que não possuem aptidão psicológica para perceber a natureza lascívia do ato sexual ou que, por nenhuma forma detém de condições mínimas de normalidade psíquica para exteriorizar livremente seu desejo da relação sexual. Em anuência ao doutrinador Guilherme Nucci, a vulnerabilidade estabelecida pelo artigo 217-A: “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.”

Nesse cenário, revela-se que há a incidência de situações controversas ao que concerne essa “vulnerabilidade”, visto que na sociedade atual, há situações em que indivíduos possuem uma idade inferior a 14 anos de idade e não se encontram englobados nesse conceito de vulnerabilidade.

De acordo com Guilherme Nucci, frisa-se o fato de que o legislador, ao determinar essa faixa etária específica, este não baseou em nenhum fundamento justificativo, ou seja, a definição do caráter etário para caracterizar a vulnerabilidade fora estabelecida mediante uma criação jurídica, a qual nem sempre é amparada na realidade fática. Além disso, é perceptível que no mundo contemporâneo, a acentuada evolução dos meios de comunicação e a divulgação de informações contribui para o progresso intelectual e a capacidade cognitiva das crianças e adolescentes (NUCCI, 2010, p. 395).

Na realidade, em referência ao conceito de vulnerabilidade, a legislação brasileira explicitou concepções conflitantes para diversas circunstâncias. Em um primeiro momento, o legislador transferiu a condição de vulnerável ao menor de 14 anos de idade e as pessoas citadas no §1º do art. 217-A do CP. Verifica-se então, que o crime de estupro de vulnerável aponta uma violência presumida, de forma implícita. Em segundo plano, o legislador, no que tange o art. 218-B, corroborou novamente a concepção de vulnerabilidade para uma faixa etária divergente, sendo ela, menor de 18 anos, não apresentando nenhum fundamento lógico para tal escolha (BITENCOURT, 2019, p. 1065-1067).

Seguindo essa óptica do legislador, há a existência de duas espécies de vulnerabilidade, as quais são: absoluta, referente ao menor de quatorze anos no estupro de vulnerável; e a segunda é relativa, ao tratar do menor de dezoito anos, na hipótese do crime de favorecimento

da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Nesse sentido, esse critério preceituado pelo legislador acarretou em uma insegurança jurídica, no tocante ao conceito e a interpretação mais apropriada a essa vulnerabilidade (BITENCOURT, 2019, p. 1065-1067).

Sob a análise da Lei 12.015/2009, restou-se asseverado que na redação do §1º do art. 217-A do CP, houve um progresso correspondente a pessoa com enfermidade mental ou deficiência, tendo em vista que esta não pode ser privada do relacionamento sexual, de forma absoluta. Esta redação tornou a vulnerabilidade relativa, sendo que será configurado crime apenas aquele que tiver ato libidinoso ou conjunção carnal com deficiente mental ou alguém que, por enfermidade, “não possuir o necessário discernimento para a prática do ato sexual.” Com isso, as pessoas enquadradas neste referido parágrafo, deverão ser avaliadas casuisticamente para que haja a comprovação do necessário discernimento sexual.

Ressalta-se que, o §5º do respectivo art. 217-A, considera ser irrelevante o consentimento das pessoas supracitadas, o que contraria o §1º deste mesmo artigo, havendo, assim, um conflito aparente de normas. Dessa maneira, a solução cabível para essa divergência seria distanciar a generalidade do §5º e aplicar a especialidade do §1º, o qual traz à tona o direito ao prazer sexual dessas pessoas com enfermidade ou deficiência mental, sendo este ato reconhecível ou desejável (NUCCI, 2019, p. 1196).

Tangenciando as idealizações antepostas, o doutrinador Luís Augusto Sanzo Brodt, compreende que para haver a averiguação da vulnerabilidade etária no crime de estupro de vulnerável, não é suficiente apenas a mera comprovação da idade cronológica do indivíduo, assim sendo, é necessária uma interpretação sistemática. Caso contrário, ficaríamos restrito apenas a uma interpretação puramente literal da lei, a qual pode acarretar em aplicações da lei de forma injusta ao indivíduo (BRODT, 2010, p. 170).

3 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO DE PUNIR

O direito penal é considerado o ramo mais violento do ordenamento jurídico pátrio, e, por conseguinte, deve se basear na tutela de bens relevantes contra condutas graves. A moral, por si só, não pode ser justificativa da criminalização de comportamentos, bem como não pode se concretizar como o bem jurídico primordial a ser protegido.

No mesmo sentido, os bens jurídicos resguardados nos crimes sexuais são modificados, com base nas transformações temporais e culturais sucedidas em determinada sociedade. Dessa forma, um bem jurídico protegido antigamente pode sofrer alterações, desde que esteja em conformidade com o interesse jurídico e em observância as ideologias presentes em tal

sociedade.

A Lei 12.015/2009, transfigurou uma nova perspectiva aos crimes sexuais, de modo que redefiniu a nomenclatura do título VI do Código Penal para “dignidade sexual”, devendo este ser o bem jurídico protegido. Interpreta-se como dignidade sexual, o direito de escolha da pessoa, de forma consciente e voluntária, sobre seus atos sexuais, ou seja, a partir do instante em que a dignidade dos demais seja também respeitada, cada um pode praticar sua sexualidade livremente. Com isso, leva-se em consideração a individualidade de cada um e a autonomia da vontade, eximindo-se dos valores puramente morais.

Os crimes sexuais, a partir desse novo diploma legal, passaram a ser blindados de caráter valorativo e principiológico, uma vez que estes preceitos introduziram-se na essência humana no que refere-se a autonomia de ações e pensamentos.

Por esse viés, o vigente capítulo gravita em torno dos conhecimentos referentes aos princípios penais-constitucionais que sustentam a necessária relativização da vulnerabilidade etária no crime do art. 217-A do CP. Caracteriza-se como princípios, aquelas normas que permitem a prática de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2011, p. 90-91).

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os princípios penais configuram-se como o núcleo essencial da seara penal, alicerçando a construção conceitual do delito, seus aspectos teóricos, limitando o poder de punir do Estado, de forma que assegure as liberdades e os direitos fundamentais dos indivíduos, conduzindo a uma política legislativa criminal baseada na Constituição e nos pressupostos de um Estado democrático e social de Direito. Resumindo, os princípios servem como fundamento e limite à responsabilidade penal (PRADO, 2019, P. 125-128).

Por esse ângulo, o exercício do direito punitivo do Estado se vislumbra com a criação e promulgação das leis, bem como na aplicação dos casos concretos. Em virtude disso, há incidência de limites pelo Estado de Direito que operam na estruturação do sistema penal positivo e na execução das sanções penais.

A dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, possui uma grande importância para o Estado Democrático de Direito, sendo este princípio intrínseco ao valor moral e espiritual de cada pessoa, objetivando sempre a busca do respeito recíproco entre os seres humanos, de modo que, apenas excepcionalmente pode ser limitada ou lesionada (MORAES, 2013).

Aferindo-se sob o núcleo da dignidade humana, este evidencia a composição de três pressupostos, os quais são: o valor intrínseco, ou seja, o conjunto de particularidades essenciais e comuns a todos os seres humanos; a autonomia, requisito ético da dignidade, baseando-se no livre arbítrio das pessoas, a qual, possibilita os indivíduos a uma vida digna e saudável, tendo como base a autodeterminação; e por último tem-se o valor comunitário, o qual refere-se a uma condição social da dignidade, visto que os contornos da dignidade são formados pelas relações dos indivíduos com os outros (BARROSO, 2012, p. 76-87).

Nesse contexto, constata-se que o direito penal não detém de um caráter absoluto e deve sempre estar em compatibilidade com a Carta Magna, logo, encontrando-se em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana. Destarte, ao tratar do crime de estupro de vulnerável, o legislador buscou, por um lado, aplicar a medida mais rígida, de que o consentimento do menor de quatorze anos é considerado inválido, aplicando, dessa maneira, a presunção absoluta.

Por outro lado, esse mesmo legislador comprovou o entendimento, com fundamento na doutrina e jurisprudência, de que a proteção sobre os crimes sexuais não se incorpora no âmbito de uma instável e abstrata moralidade pública, como denominou-se “crimes contra os costumes”, mas sim de uma autodeterminação sexual, sendo esta diretamente associada ao princípio da dignidade da pessoa humana (TJ/RS. Apelação Criminal nº 70063864292. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. 7ª Câmara Criminal. Julgado em 11.06.2015).

Em linha tênue, o direito à autodeterminação sexual, na esfera penal, deve ser interpretado como um instrumento de defesa do indivíduo. Isto é respaldado no instante em que a suposta vítima tem menos de 14 anos de idade, e comprova a sua incontestável maturidade sexual e liberdade de escolha, o que, implicaria na mitigação do rigor legal, distanciando a ilicitude da conduta do agente.

Diante disso, denota-se que o princípio da dignidade humana serve como alicerce para o ordenamento jurídico, dado que, a partir dele subdivide todos os outros princípios constitucionais. Destaca-se como um parâmetro em vários campos do direito para que ocorra a necessária eficácia, servindo como um auxílio na aplicabilidade dos casos concretos, sobretudo na relativização da vulnerabilidade etária.

Nesse particular, em respeito à dignidade da pessoa humana, para que ocorra a vulnerabilidade da vítima, não basta apenas o critério etário, é imprescindível a comprovação de que a vítima não detinha de nenhum discernimento para a prática do ato sexual. Por conseguinte, no momento em que o legislador desprezasse a liberdade de escolha e a maturidade sexual, estaria infringindo um dos pressupostos cruciais da dignidade da pessoa humana, a

autodeterminação sexual. Em síntese, avulta-se a necessidade de uma análise casuística para uma aplicação mais justa.

3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Tendo em vista a dignidade do ser humano como direito, dever e controle do Estado para com a sociedade, bem como da sociedade para com o Estado, é perceptível a correlação de proteção entre ambos, assim, é do Estado a responsabilidade de garantir a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo sempre respeitar os demais, ou seja, é necessário que haja um limite de exercício para não ocorrer conflito com os outros princípios. Em razão disso, a tutela da dignidade humana deve se apresentar em compatibilidade com o princípio da intervenção mínima, garantido a retratação da lesão, interferindo apenas quando for preciso (SARLET, 2006).

No domínio penal, a incidência de um delito só será objeto de proteção quando um bem juridicamente relevante é lesionado. No entanto, a análise do nexo causal deve ser realizada de forma coerente. De outro modo, deve avaliar a razoabilidade entre a conduta, o dano produzido e a pena imposta pelo Estado, aplicando-se o Direito Penal apenas nas ocorrências mais graves aos bens jurídicos mais expressivos.

O princípio da intervenção mínima, também denominado de princípio da subsidiariedade do direito penal, estabelece que o Estado só deve atuar quando as outras áreas do direito não forem eficazes para alcançar os fins preventivos e retributivos do bem jurídico específico (NUCCI, 2010, p.139).

De outra forma, o Direito Penal deve resguardar apenas os entraves sociais indissolúveis aos outros campos do Direito, e não preservar conceitos ideológicos ou morais, logo, sendo a *ultima ratio*.

Ante o exposto, ao referir-se o princípio da intervenção mínima com o crime de estupro de vulnerável, denota-se que o legislador não pode exercer o poder punitivo do Estado para proteger apenas a moral, mediante a proibição de adolescentes menores de quatorze anos a ter uma relação amorosa com outros adolescentes ou com pessoas maiores de idade, podendo estes responderem por um crime hediondo. Este fato é incoerente e ilógico com a realidade fática, pois esses comportamentos estão associados a cultura de uma sociedade retrógrada, do que, fielmente, com a violação do bem jurídico tutelado, já descrito como dignidade sexual.

Em verdade, observa-se que o aplicador da lei deve interpretá-la em conformidade com a evolução social, sempre orientada pelos princípios basilares do Direito Penal. Diante disso,

distanciar das particularidades do caso de acordo com o método estabelecido pelo legislador, estaria maculando o princípio da intervenção mínima, visto que, diante da diversidade cultural, social e religiosa, é concebível, em alguns casos, que a prática sexual com adolescentes menores de 14 anos, não atinge nenhum bem jurídico protegido, logo, devendo ser relativizada casuisticamente.

3.3 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

No tocante ao princípio da adequação social, verifica-se que o Direito Penal deve restringir a sua aplicação apenas a condutas reprováveis e lesivas ao interesse público, isto é, aqueles comportamentos que apresentam uma relevância negativa diante da sociedade. Isto posto, as condutas aceitas e consideradas como normais pela sociedade, não poderiam ser penalizadas pela lei penal, pois demonstrariam vício de inconstitucionalidade.

Seguindo o raciocínio, o doutrinador Luiz Flávio Gomes, argui que não há necessidade em punir condutas vistas como algo comum, normal ou que sejam toleradas pela sociedade, porque, nesses casos, não haveria nenhum atentado ao bem jurídico assegurado. Ressalta-se que, havendo comportamentos razoáveis, incide a atipicidade material (GOMES, 2013, p. 185).

O princípio da adequação social, em conformidade com o doutrinador Rogério Greco, externa duas funções correspondentes as normas penais. A primeira, tem como finalidade delimitar a esfera de alcance do tipo penal, assim, afastando qualquer comportamento tido como socialmente apropriado e aceito pela sociedade. Já a segunda, por sua vez, é direcionada ao legislador em duas perspectivas, as quais são: conduzir o legislador a escolha de condutas que seja necessária a proibição, dessa forma, excluindo do âmbito penal, os comportamentos aceitáveis pela sociedade; e a outra perspectiva dirige-se a uma indispensável análise do legislador referente aos tipos penais que preceituam condutas já adequadas e adaptadas à evolução social, não valendo-se da tutela penal (GRECO, 2014, p. 35).

Em síntese, o legislador deve eliminar do ordenamento jurídico, condutas que, com a evolução histórica, passaram a ser toleráveis pela sociedade. A título de exemplo, depreende-se a exposição dos fundamentos que conduziram a diminuição da idade de presunção de violência no estupro de vulnerável, a qual foi alterada de 16 anos para 14 anos, com base no Código Penal de 1940. Diante disso, resta-se evidente que, se há oitenta anos já havia sido considerada a necessidade de adequação social da norma, nos dias atuais, com a sexualidade precoce cada vez mais comum, essa adequação torna-se imprescindível.

Outrossim, ainda que existam doutrinadores que compreendam ser improvável a

revogação da lei por sua inadequação social, é inadmissível não identificar a sua relevância para a efetivação da lei penal ao caso concreto (GRECO, 2014, p. 36).

Nessa acepção, o Código Penal permanece intacto na idade de 14 anos, sem haver nenhum parâmetro justificativo para tal escolha, senão a moralidade atuada na época da criação do supracitado Código, a qual, não se encontra mais respaldo na sociedade atual. Desse modo, ao referir-se aos casos concretos, identifica-se adolescentes com discernimento sexual, seja este assimilado por experiências anteriores ou informações que colaboravam para sua formação e desenvolvimento. Por isso, havendo o consentimento para realização do ato sexual, não há fundamento para aplicabilidade de sanção penal oriunda deste fato.

4 RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ETÁRIA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Com a instituição da Lei 12.015/2009, no que diz respeito o caput do art. 217-A do Código Penal, objeto do presente trabalho, o legislador apresentou um critério absoluto para referir-se ao conceito de vulnerabilidade, de modo que, incorrerá como crime quem realizar atos sexuais com um menor de 14 anos, independente de consentimento.

Contudo, essas alterações legislativas não colocaram fim aos debates doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao caráter relativo, visto que agora, seria analisado na figura da “vulnerabilidade”. Impende destacar que, ao adotar um critério absoluto, poderá acarretar em condenações injustas advindas do rigor da redação do mencionado artigo, uma vez que existem situações em que menores inseridos nessa faixa etária delimitada possuem discernimento sexual e capacidade para consentir, noutras palavras, não são considerados “vulneráveis”, conforme impõe a lei.

Por esta razão, o capítulo *sub examine* gravita em torno da necessária relativização da vulnerabilidade etária no crime de estupro de vulnerável, fundamentada pelo aspecto da valoração do consentimento da vítima e autonomia da vontade, bem como os pressupostos de uma teoria oriunda do direito norte-americano, a qual se baseia nas particularidades do caso concreto, assim sendo, utilizada como parâmetro para precedentes jurisprudenciais do ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 EFICÁCIA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA

Em primeira análise, antes de adentrar na questão referente a eficácia do consentimento

da vítima no crime de estupro de vulnerável, cumpra-se mencionar as relevantes alterações decorrentes da Lei 12.015/2009, a qual modificou a perspectiva nos crimes contra a dignidade sexual.

Nessa margem, com o advento da Lei 12.015/2009, o art. 224 foi revogado e houve a criação de um novo tipo penal do art. 217-A do Código Penal, tendo o legislador a finalidade de excluir a presunção de violência da seara criminal, dessa forma, considerando os menores de 14 anos sempre incapazes de manter qualquer relação sexual que desejasse, ou seja, a liberdade sexual desses menores era proibida. Contudo, essa nova tipificação, permaneceu bastante semelhante com a redação anterior, visto que passou a presumir uma vulnerabilidade dos menores de 14 anos e dos indivíduos englobados no §1º deste mesmo artigo.

Hodiernamente, não há um entendimento pacífico a respeito da vulnerabilidade do menor de 14 anos ser absoluta ou relativa. Nesse sentido, aferindo-se sobre toda evolução histórica e as transformações sucedidas nos costumes, compreende-se que a vulnerabilidade deve ser relativa, e não absoluta, assim como ocorria com a “presunção de violência” do revogado art. 224.

Assim, cabe ao intérprete e ao aplicador do Direito, constatar, na prática, se a idade do menor condiz realmente com à *innocentia consilli*, isto é, com a completa incompreensão dos atos sexuais, a qual apresenta como fundamento da vulnerabilidade do tipo penal. Vale ressaltar, nesse contexto, que o Direito é uma ciência cultural, encontrando sempre em constante e inevitáveis transformações, e com isso, não poderia se afastar da realidade fática (PASSOS, 2012, p. 06).

Nesta senda, deve ser concedida uma argumentação axiológica no tocante à expressão determinada pelo caput do art. 217-A do CP, visto que nem todo indivíduo menor de 14 anos será enquadrado como “vulnerável” em questões sexuais. Denota-se que o objetivo da Lei 12.015/2009, ao referir-se a esse instituto, seria coibir o abuso da vulnerabilidade do menor de 14 anos, de modo que o autor apodera-se do desconhecimento da matéria sexual para ter relação sexual com eles. Porém, se em determinados casos, estes adolescentes são livres e já detém do necessário discernimento sexual, não haveria razão para a interpretá-los como “vulneráveis”, uma vez que nem sempre é o que acontece (GOMES, 2001, p. 219).

Analisando sob o prisma da eficácia do consentimento da vítima, em anuência a cada caso concreto, o magistrado deverá sempre averiguar a incidência ou não do discernimento sexual por parte do menor. Isto posto, depreende-se que não deve haver a exclusão da tipicidade, com natureza geral, mas sim como causa supralegal de exclusão de ilicitude ou antijuricidade da conduta do autor, desde que o menor de 14 anos, mediante o seu consentimento, tenha

exercido sua autonomia sexual e possua maturidade suficiente para a prática sexual (BITENCOURT, 2010, p. 96).

De outra maneira, significa que a redação do art. 217-A do CP deve permanecer com seu caráter geral, destinando-se para o momento do julgamento, a apreciação do consentimento do menor para o ato sexual. Desse jeito, comprovada a maturidade sexual do adolescente, deve-se excluir a ilicitude do agente, em razão da eficácia do consentimento da suposta vítima, de modo que seria outorgada uma maior valoração à sua liberdade sexual do que à sua intangibilidade sexual.

Neste diapasão, o bem jurídico da dignidade sexual prosseguiria sendo indisponível em seu aspecto geral para os menores de 14 anos de idade, consolidando de maneira excepcional a sua disponibilidade. Com isso, o consentimento seria compreendido como causa supralegal de justificativa nos casos excepcionais, dado que haveria um maior valor a autonomia da vontade frente ao desvalor da “agressão” ao bem jurídico (CARVALHO; CHAGAS, p. 28).

Por fim, sustenta que o consentimento válido do menor de 14 anos configura-se como causa de exclusão de licitude ou antijuricidade, e não do tipo penal em si. Isto é explicado no instante em que o autor do ato possui plena ciência do consentimento, anterior a realização da prática sexual, caso contrário, este não poderia aduzir inocência. Nesse entendimento, se fosse motivo para exclusão da tipicidade, seria indiferente a ciência prévia do agente acerca da ocorrência do consentimento, o que resultaria em uma insegurança jurídica e uma maior vulnerabilidade do bem jurídico em análise.

4.2 AUTONOMIA DA VONTADE

O ordenamento jurídico-constitucional evidencia entre os direitos fundamentais do indivíduo, a intimidade e a vida privada, garantido a estes, a sua inviolabilidade. Em consonância com o art. 5º, caput e inciso II, da Carta Magna, as concepções tuteladas por esses direitos, bem como a liberdade universal de ação, encontram-se vinculadas ao núcleo essencial da autonomia da pessoa e do seu efetivo poder de autodeterminação.

Tal conjuntura apresenta como um de seus pressupostos, o conceito de exclusividade, o qual está abarcado em um espaço que traz a possibilidade do indivíduo viver em sua maior intensidade, aquilo que distingue dos demais, mediante o exercício do seu direito de livre desenvolvimento da personalidade, em um ambiente de reserva não partilhado com os outros indivíduos.

Seguindo esse prisma supramencionado, a consecução de determinados direitos da

personalidade depende do caso concreto. Isto é, ao analisar as circunstâncias fáticas e jurídicas reconhecíveis nele, pode-se constatar o conteúdo da seara privada, com base nas condições diretamente associadas aos direitos à intimidade e à vida privada, como também com os fatores referentes ao que há de mais íntimo da personalidade humana e do modo de ser do indivíduo nas relações sexuais (CACHAPUZ, 2006, p. 128).

Nesta senda, a autodeterminação sexual, a qual se verifica em todo eixo da vida privada, pode ser configurada como a possibilidade de cada pessoa viver livremente sua própria sexualidade, ou seja, é a livre escolha de parceiros e a oportunidade de manter com eles as relações sexuais, desde que seja de forma consentida (SAMPAIO, 2013, p. 277-278).

Desse modo, denota-se que a autonomia sexual é incorporada no âmbito da intimidade e vida privada do indivíduo, podendo este escolher sua orientação sexual que lhe satisfazer e, livremente, relacionar-se com quem quiser. Assim sendo, tendo em vista que esse direito é concretizado em nível normativo de princípio, essa autonomia deve ser aplicada dentro das situações fáticas e jurídicas, na maior medida.

Ainda em anuência a Constituição Federal de 1988, vale salientar que esta, assegura o princípio do melhor interesse da criança, dessa forma, a sua aplicação deve ser compreendida na maior dimensão possível, levando-se em consideração também as possibilidades fáticas e jurídicas, uma vez que não existe uma concepção rígida do que seja o conteúdo do princípio, logo, a análise deve ser realizada casuisticamente.

Defronte ao exposto, ao aferir sobre a vulnerabilidade etária no crime de estupro de vulnerável, depreende-se que o adolescente, além de apresentar toda sua característica individual, também manifesta-se as características do meio social, cultural e histórico de que este participa. Com base nisso, é exigível nos dias atuais, a busca pelo exercício da liberdade apropriada ao seu desenvolvimento.

Assim, ao adotar uma faixa etária absoluta para delimitar o momento em que a pessoa teria sua autonomia sexual respeitada, não é válida para todas as pessoas, dado que contradiz com a atual realidade fática, fundamentada pelos fatores biopsicológicos e socioculturais. Dessa maneira, a relativização da presunção de vulnerabilidade etária possibilitaria que o eventual consentimento da vítima dispusesse de validade, sendo esta comprovada através de uma avaliação rígida das condições do caso concreto.

Frisa-se que a harmonia da autonomia sexual e o melhor interesse da criança seria a solução mais viável para essa questão da vulnerabilidade etária. Em primeiro plano, revela-se que os atos sexuais contra crianças subsistiriam no contexto da presunção absoluta de violência, caracterizando atos de pedofilia. Em segundo plano, seria estabelecido um limite de inserção

dos atos sexuais na adolescência, como forma de poder haver o reconhecimento da validade do consentimento, isto é, avaliar as diversidades de cada caso, em outras palavras, analisar a situação concreta para certificar se a pessoa possui condições de praticar a autonomia sexual livremente. Isto posto, haveria uma decisão mais justa, com fulcro nas particularidades da suposta vítima (SEGER; STEINMETZ, 2015, p. 289-290).

Esse entendimento possui uma extrema importância no momento em que permite a aferição, desde a concepção de adolescente, do mesmo poder demonstrar requisitos concretos acerca do consentimento, originando-se precisamente de um equilíbrio entre os princípios da autonomia sexual e o melhor interesse a ser protegido.

Portanto, a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade seria um mecanismo de permitir a avaliação do consentimento da vítima, casuisticamente, com parâmetro nas circunstâncias pessoais, bem como da realidade fática, dando primazia ao princípio da autonomia sexual, sem contudo, desvalorizar o princípio do melhor interesse da criança.

4.3 EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA

Em consonância à análise casuística no estupro de vulnerável, a presente temática versa sobre uma teoria denominada de Exceção de Romeu e Julieta, a qual é importada do direito norte-americano, sendo aplicada na relativização da presunção de vulnerabilidade ao menor de 14 anos, quando a diferença entre idade for pequena e houver o consentimento mútuo.

A Exceção de Romeu e Julieta é atrelada a história de amor descrita por William Shakespeare, em seu livro “Romeu e Julieta”. A obra retrata um romance em que dois menores de idade, Julieta com 13 anos e Romeu com 17 anos, se apaixonam e tem uma relação amorosa, independentemente da idade. Essa história narra que o amor pode ocorrer em qualquer idade. À vista disso, o que essa teoria demonstra é que, havendo dois jovens que não tenham diferença de idade superior a 5 anos e que estejam em uma relação consensual, estes enquadram-se em uma exceção ao crime de estupro de vulnerável, uma vez que os envolvidos estão no mesmo momento de descobertas sexuais e estão agindo conforme sua própria vontade (SARAIVA, 2009, p. 12-13).

Sob esse enfoque, é válido destacar que o avanço social é constante, e não pode haver comparação entre os menores nos tempos atuais com aqueles de épocas atrás. Assim, a maior transformação sucedida nesse decorrer do tempo é a facilidade do acesso às informações, isto é, a abrangência de questões que não eram faladas antigamente, especificamente no que refere-

se a sexualidade, a qual não é considerada mais como um tabu apenas para maiores de idade, muito pelo contrário, atualmente é um tema muito debatido entre todos (BRAYNER, 2017).

Em respeito a essas situações peculiares e reiteradas, surgiu nos Estados Unidos, o *Romeo and Juliet Law* (Exceção de Romeu e Julieta). Essa medida aplica-se a casos concretos em que for constatada a disparidade etária não superior a 5 anos, bem como o consentimento de ambas partes, logo, seria afastado a imputação do crime de estupro de vulnerável. Frisa-se que, nos Estados Unidos, a maioria dos seus estados, configura-se crime a relação sexual com menores de 18 anos, por isso, traz à tona a grande importância da exceção nesse âmbito, aplicando a lei com uma maior coerência a realidade (RIBAS, 2017, p. 145-147).

Seguindo o raciocínio, nota-se que essa teoria fora adotada em alguns tribunais brasileiros como parâmetro para as decisões, porém, ainda não foi alvo de análise dos Tribunais Superiores. Nesse aspecto, impossibilitar a vulnerabilidade sob a análise casuística, torna o Poder Judiciário um órgão completamente retrógrado e indiferente com o desenvolvimento social ocorrido na juventude moderna. De forma que, a aplicação da teoria da “Exceção de Romeu e Julieta” na legislação brasileira, evidenciaria uma transfiguração ao conceito de vulnerável, afastando a condenações de jovens inocentes que exerciam, mediante o consentimento, a sua liberdade sexual.

A efetivação de um instituto semelhante a essa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, revelaria a possibilidade de descriminalização de relações sexuais consentidas entre esses menores, desde que tenha sido comprovada a sua maturidade sexual. Assim, compreende-se que a “Exceção de Romeu e Julieta”, serve como um ponto de partida para a avaliação casuística dos menores de 14 anos, excluindo o caráter absoluto.

Nesse sentido, em razão da constante evolução social, induz-se que o limite de diferença de 5 anos entre os envolvidos, não poderia exercer um caráter absoluto, uma vez que, na sociedade moderna, há incidência de diferentes casos em que é reconhecida a eficácia do consentimento da vítima, independente da disparidade etária.

4.4 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Ao que concerne o debate acerca da presunção absoluta ou relativa do menor de 14 anos de idade, revela-se que antes da Lei 12.015/2009, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era da relativização da presunção de violência, com base no revogado artigo 224 do Código Penal. Nesse sentido, após a promulgação da supracitada lei, o legislador criou um dispositivo legal com a finalidade de estancar a orientação jurisprudencial que estava sendo consolidada

pelo STF, no que tange a relativização da vulnerabilidade etária.

De igual modo, o doutrinador Guilherme Nucci aduz que o legislador brasileiro é incapaz de conduzir a legislação concomitantemente com o desenvolvimento dos comportamentos da sociedade. Desse modo, infere-se que, “a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal, o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real” (NUCCI, 2014, p. 114).

Em anuência ao pensamento do ilustríssimo doutrinador Guilherme Nucci, resta-se claro que a discussão acerca da relativização da vulnerabilidade etária possui pertinência na nossa realidade, conforme acórdão do Tribunal Distrital, arguido pelo Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça em seu relatório:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). RECURSO DO RÉU. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DA VÍTIMA. FATO CONJUNTO PROBATÓRIO. ATOS. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE QUE DEMONSTROU TER CONSENTIDO NA CONSUMAÇÃO DO ATO SEXUAL NUM CONTEXTO DE RELACIONAMENTO AFETIVO. CONSENTIMENTO VÁLIDO. FATO QUE NÃO CONSTITUI INFRAÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO. 1. Não se mostra essencial a juntada da certidão de nascimento da suposta vítima menor de 14 (catorze) anos para configuração do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, quando todos os elementos probatórios atestam tal fato. 2. Não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando, a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo. 3. Recurso provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1371163/DF, Rel^o Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 25/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?composante=ITA&sequencial=1248165&num_registro=201300796774&data=20130801&formato=PDF>)

Neste diapasão, no caso concreto, o Tribunal aderiu a relativização da presunção de vulnerabilidade, prevista no art. 217-A, caput, do Código Penal. Isso encontra-se amparado pelo fato do recorrido ter mantido relações com menina menor de 14 anos, de forma consentida, além do fato de prevalecer outras condições, como ter sucedido em um ambiente amoroso, com a efetiva demonstração de carinho e afeto mútuo. Com base nisso, o consentimento válido e consciente afastaria a aplicação do crime de estupro de vulnerável.

Por esse viés, tendo em vista o consentimento bilateral e a maturidade sexual dos envolvidos, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul corrobora com a flexibilização da vulnerabilidade etária do art. 217-A, fundamentada pela “Exceção de Romeu e Julieta”, conforme explicitada anteriormente. Dessa maneira, entende:

APELACAO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL – ATO INFRAACIONAL EQUIPARADO A ESTUPRO DE VULNERAVEL – EXCEÇÃO DE ROMEU E

JULIETA - ABSOLVICAÇÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Poderíamos traduzir, com vista a utilização de seus conceitos por aqui, como Exceção de Romeu e Julieta, inspirada nos célebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de William Shakespeare. Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de 05 anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. E, conseqüentemente, em uma relação consentida, não haveria crime. (SARAIVA, João Batista Costa. O “Depoimento em dano” e a romeo and juliet law. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. In. Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. - n. 1 (nov. 2003)-. - Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003) ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juizes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, não prover o recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. (BRASIL, TJ/MS. Apelação - 0022701-25.2012.8.12.0001 - Campo Grande. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/65485388/djms-31-01-2014-pg45>).

Tal conjuntura reflete que, ao referir-se a questões de ofensa a dignidade sexual, o aplicador do direito deve ter cautela para sua decisão não incidir em injustiças resultantes da impessoalidade atribuídas ao caso concreto, especificamente nos casos que envolver o consentimento da suposta vítima e uma maturidade sexual semelhante entre os protagonistas.

Portanto, o Estado não deve se basear apenas em questões meramente paternalistas, mas sim assegurar com reverência a autodeterminação sexual dos indivíduos, desde que esteja em concordância com suas reais capacidades de discernimento (SALVADOR NETTO, 2009, p. 06).

De acordo com o renomado doutrinador Miguel Reale Júnior, não será toda relação sexual com menor de 14 anos que deve ser abarcada como estupro de vulnerável. Logo, haverá incidência de situações em que o modo como ocorreu o fato sexual não admite o rigor da aplicação absoluta da lei. Por essa perspectiva, o consentimento do menor de 14 anos deveria, sempre, ser averiguado de forma relativa no caso concreto, para com isso, haver a condenação ou absolvição dos agentes, desde que seja comprovado o discernimento sexual (REALE JÚNIOR, 2016, p. 457-467).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a explanação anteposta, adverte-se, primeiramente, que o presente artigo translineou uma breve evolução histórica da legislação brasileira no tocante aos crimes contra a dignidade sexual, explicitando os motivos e as conseqüências na esfera jurídica e fática. Isto é, o legislador tinha como finalidade observar as transformações sociais histórico-culturais para tutelar os bens jurídicos da sociedade.

Tangenciando ao Código de 1890, este evidenciava ideias patriarcais, utilizando expressões como “mulher honesta” e “mulher virgem”, bem como reportava a faixa etária de 16 anos para a presunção de violência. Já com o Código de 1940, o legislador reduziu a faixa etária para 14 anos de idade, sendo este delito englobado no Título VI, “Dos Crimes contra os Costumes”. Por fim, com o advento da Lei 12.015/2009, houve a substituição do Título VI para “Crimes contra a Dignidade Sexual”, atual tipificação, a qual o legislador permaneceu com a delimitação de 14 anos e criou um tipo penal autônomo do art. 217-A do CP, retirando a expressão “presunção de violência”, com o intuito de estabelecer um critério absoluto para tal crime. Desse modo, o legislador perdeu uma oportunidade ímpar de acompanhar o Código com a realidade social.

Em segunda análise, fora abordado os elementos do crime especificado no art. 217-A e o conceito de vulnerabilidade, uma vez que, em diversas circunstâncias, não era compatível com a realidade fática. Assim, para consolidar esse entendimento, houve a demonstração de alguns princípios constitucionais norteadores do direito penal, tais como, o princípio da dignidade da pessoa humana, se ramificando nos princípios da intervenção mínima e adequação social, os quais alicerçaram a necessária relativização do menor de 14 anos.

Diante disso, ao observar toda essa configuração na seara penal, verifica-se que, atualmente, o contato dos menores de 14 anos com a sexualidade se encontra cada vez mais constante, o que poderia justificar o abandono de comportamentos paternalistas em casos que houvesse a comprovação da maturidade sexual, dessa forma, distanciando de maneira justa, a acusação do crime de estupro de vulnerável a uma pessoa inocente.

Conclui-se então que, o consentimento do menor de 14 anos deveria excluir a ilicitude do estupro de vulnerável, atuando como uma causa supralegal, desde que tenha sido resultante de um total discernimento sexual do menor. Com base nisso, o magistrado realizaria uma aferição casuística de cada situação, com o objetivo de examinar se houve ou não abuso por parte do parceiro sexual.

Em suma, a eficácia do consentimento seria totalmente distanciada sempre que fosse constatada que o menor de 14 anos sofreu algum tipo de coação, violência, ameaça ou fraude para aceitar a prática sexual. Entretanto, havendo o consentimento voluntário e consciente, não haveria o crime de estupro de vulnerável.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Martha, CAULFIELD, Sueann. **Cinquenta anos de virgindade no Rio de Janeiro: as políticas de sexualidade no discurso jurídico e popular, 1890-1940.** Caderno Espaço Feminino, 1, 1995. pp. 15- 52.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, Thays Cristinne Cardoso. **Análise do Crime de estupro de vulnerável.** 28 de Novembro de 2018. *Disponível em:* <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/791>. Acesso em: 07. Maio. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial, v. 4.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRAYNER, Yan Rêgo. **Exceção de Romeu e Julieta x Súmula 593 do STJ, uma discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos nos crimes contra a dignidade sexual.** 21 de novembro de 2017. *Disponível em:* <https://delegados.com.br/juridico/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-dostj>. Acesso em: 06. Maio. 2020.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- CARVALHO, Gisele Mendes de; CHAGAS, Edmar José. **Proteção da dignidade sexual ou paternalismo jurídico: a propósito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável.** *Disponível em:* <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85>. Acesso em: 05. Maio. 2020.
- CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra. Moralidade, Modernidade e Nação no Rio de Janeiro (1918-1940).** Campinas: Editora da Unicamp, 2000.
- DO CARMO, Michelly Eustáquia; GUIZARDI, Francini Lube. **O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social.** *Disponível em:* <http://www.scielo.br/pdf/csp/v34n3/1678-4464-csp-34-03-e00101417.pdf>. Acesso em: 19. Abril. 2020.
- ESTEFAM, André. **Crimes sexuais: comentários à Lei 12.015/2009.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Especial (Arts. 121 a 234-B).** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ESTEVEES, Martha de Abreu. **Meninas perdidas: os populares e o cotidiano do amor no Rio de Janeiro da Belle Époque**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.

FAUSTO, Bóris. **Crimes e Cotidiano: A Criminalidade em São Paulo (1880-1924)**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual**. *Disponível em:*

<https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/article/view/1409/1291>. Acesso em: 20. Abril. 2020.

MERINO, Peterson. **A possibilidade (ou não) de relativização da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual**. 2017. *Disponível em:*

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11838>. Acesso em 01. Maio. 2020

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES SÁ, Rodrigo. **Estupro de Vulnerável: Uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor**. 10 de julho de 2013. *Disponível em:*

<https://semanaacademica.org.br/artigo/estupro-de-vulneravel-uma-analise-doutrinaria-sob-otica-da-vulnerabilidade-do-menor>. Acesso em: 13 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. **Absoluta ou relativa: como o STF interpreta a presunção de violência**. 70 f. Monografia (Especialização) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2012.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, Vol. 1**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Direito Penal: jurisprudência em debate**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBAS, Adrieli Ferreira. **Valor probante da palavra da vítima no crime de estupro de vulnerável e o risco da condenação injusta**. In: Revista Aporia Jurídica (on-line). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 8ª Edição. Vol. 1 (jul/dez-2017). p. 137 - 155.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Estupro bilateral: um exemplo limite**. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 17, n. 202, 2009, p. 8 e ss.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Comentário ao artigo 5º, X**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276-285.

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 adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 205, p. 12-13, dez.2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEGER, Juliano dos Santos; STEINMETZ, Wilson. **Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança: a relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos**. *Disponível em:* <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/661>. Acesso em: 04. Maio. 2020.