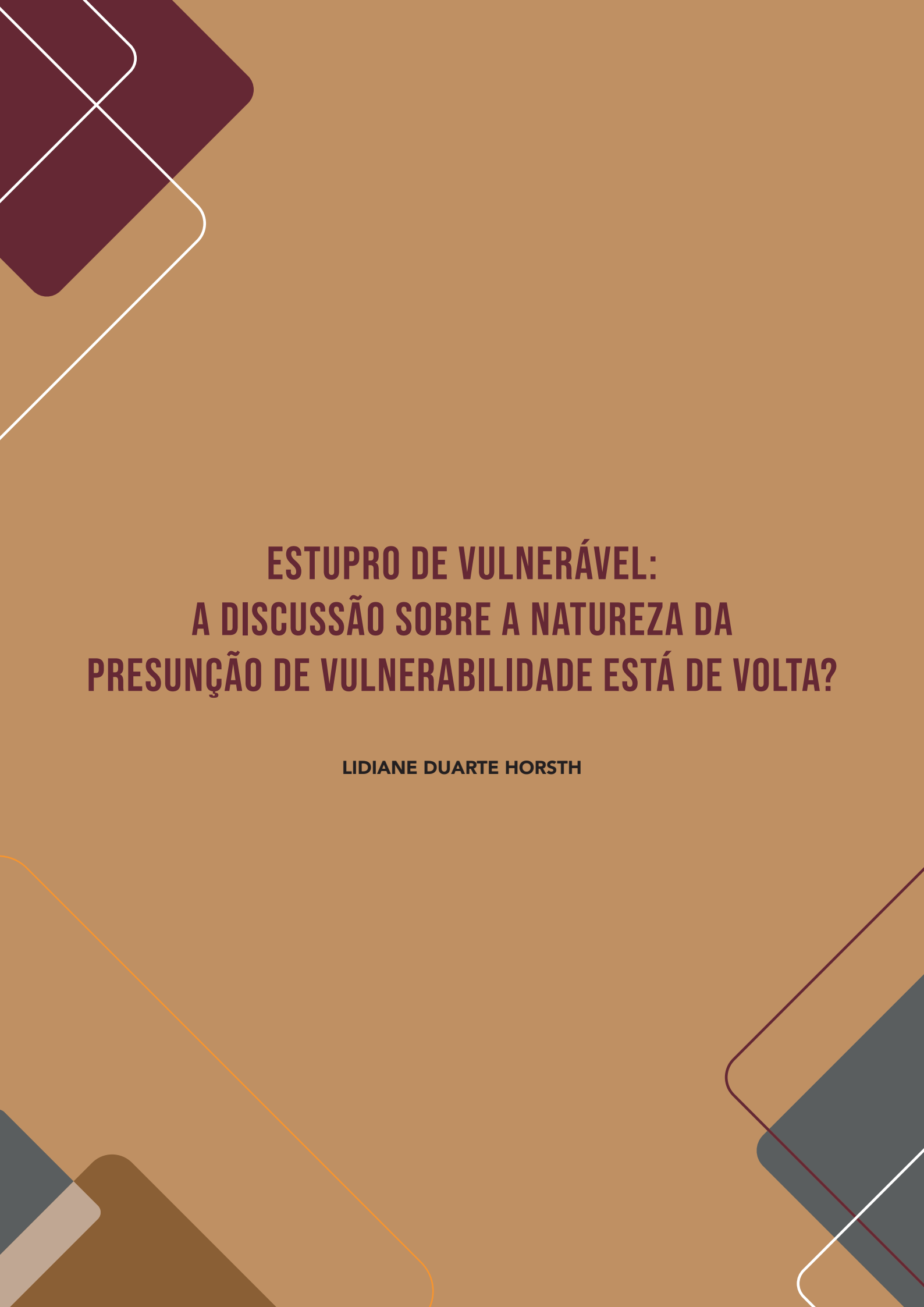




ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ESTÁ DE VOLTA?

LIDIANE DUARTE HORSTH

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ESTÁ DE VOLTA?

LIDIANE DUARTE HORSTH

RESUMO: No presente artigo, investiga-se, com base nas recentes decisões dos órgãos colegiados superiores, a posição jurisprudencial relativa à caracterização do crime de estupro de vulnerável, tendo como principal foco temático a presunção de vulnerabilidade baseada no critério etário. Retomando a posição doutrinária adotada a partir de 2009, busca-se analisar e traçar uma linha cronológica das decisões mais recentes, visando determinar a existência – ou inexistência – de um crescente dissenso acerca do tema abordado e da sua relevância para uma possível mudança da concepção do aplicador do direito sobre o tema. Para tanto, serão explorados os elementos e as circunstâncias do crime de estupro de vulnerável no Brasil, assim como a decisão paradigma fundante da posição até então majoritária – que define como absoluta a presunção de vulnerabilidade de indivíduos menores de 14 anos – e as novas decisões que inauguram o recente debate ao excepcionar tal presunção.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro de Vulnerável; Crimes Contra a Dignidade Sexual; Presunção de Vulnerabilidade; Idade de Consentimento; Jurisprudência.

ABSTRACT: This article seeks to investigate, based on recent decisions of higher collegiate bodies, the current jurisprudential position regarding the characterization of the crime of rape of a vulnerable person, having as its main thematic focus the presumption of vulnerability based on the age criterion. Resuming the doctrinal position adopted since 2009, it seeks to analyze and draw a chronological line of the most recent decisions, aiming to determine the existence — or non-existence — of a growing dissent regarding the topic addressed and its relevance for a possible change in conception of the law enforcer on the subject. To this end, the elements and circumstances of the crime of rape of a vulnerable person in Brazil will be explored, as well as the founding paradigm decision of the hitherto majority position — which defines as absolute the presumption of vulnerability of individuals under the age of 14 — and the new decisions that inaugurate the recent debate, excepting such presumption.

KEYWORDS: Rape of Vulnerable Persons; Crimes Against Sexual Dignity; Presumption of Vulnerability; Age of Consent; Jurisprudence.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	230
2 - DO CRIME CONTRA OS COSTUMES AO CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	230
2.1 - DO ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA	230
2.2 - DO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS A PARTIR DA LEI N.º 12.015/2009	232
3 - DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL VIGENTE SOBRE O TEMA	234
3.1 - A TESE REPETITIVA FIRMADA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ	234
NO JULGAMENTO DO RESP 1480881/PI	
3.2 - DA DERROTABILIDADE DA TESE REPETITIVA FIRMADA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ	236
NO JULGAMENTO DO RESP 1480881/PI PELOS RECENTES JULGADOS DO STJ	
4 - DA LEITURA ATUAL DO TEMA PELO STJ	238
4.1 - A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS:	240
PRESUNÇÃO ABSOLUTA OU RELATIVA?	
4.2 - A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL DO ADOLESCENTE FRENTE	241
À PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA A VIOLÊNCIA SEXUAL	
5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS	244
REFERÊNCIAS	245

1 - INTRODUÇÃO

O tipo penal do artigo 217-A do Código Penal – estupro de vulnerável – foi introduzido no Código Penal pela Lei nº 12.015/2009. Tal dispositivo legal trouxe para o Estatuto Penal o conceito de vulnerável e sepultou, a princípio, a clássica controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da presunção de violência, considerada elemento do revogado artigo 224 do CP.

Assim, o legislador pretendeu, por meio da citada lei, analisar a conduta do agente de forma objetiva. Se alguém mantém relações sexuais com conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoa vulnerável, sua conduta se subsume ao artigo 217-A do CP.

O termo “vulnerável”, dessa forma, constitui elemento objetivo do tipo penal, sendo que, no caso da situação de vulnerabilidade pelo critério etário – menor de 14 anos –, não há de se analisar se o ofendido era vulnerável naquele caso concreto; isto é, não se permite valoração pelo intérprete. Se a vítima era menor de 14 anos, fica caracterizada a condição de vulnerabilidade pela ficção legal absoluta.

Esse critério objetivo foi, ainda, reforçado pela jurisprudência com a publicação, em outubro de 2017, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula 593. Tal súmula reforçou a objetividade do critério etário no estupro de vulnerável ao preceituar que eventual consentimento da vítima para a prática do ato sexual, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso do ofendido com o agente são irrelevantes para configurar o tipo do artigo 217-A.

Esse posicionamento jurisprudencial foi, logo em seguida, no ano de 2018, abraçado pelo legislador, que incluiu no artigo 217-A do Código o §5º, no qual explicita que as penas no crime de estupro de vulnerável são aplicáveis ainda que a vítima tenha consentido com a prática sexual ou de ela já ter experiência sexual anterior.

A aplicação do direito pelas cortes superiores, porém, revelada pelas últimas decisões acerca do tema, demonstra a retomada do antigo debate acerca do caráter absoluto ou relativo – antes da presunção de violência e hoje da presunção de vulnerabilidade.

Ao se examinarem alguns recentes julgados do STJ, como os realizados pelas 5ª e 6ª Turmas

do STJ nos anos de 2022 e 2023, percebe-se o modo como os ministros se debruçaram sobre a análise do consentimento da vítima e ponderaram se a fixação do conceito de vulnerabilidade por meio de um critério meramente etário não representaria a adoção de uma responsabilidade penal objetiva.

Essa reflexão se propõe, inicialmente, a examinar como a alteração do conceito de presunção de violência pelo da vulnerabilidade, trazida pela Lei nº 12.015/2009 ao nosso ordenamento jurídico penal, vem sendo considerada pelas cortes superiores, notadamente no que concerne aos julgamentos dos crimes de estupro de vulnerável em que a vítima, considerada vulnerável pelo critério etário, anui com as relações sexuais com o autor do delito.

Em sequência, busca-se analisar o atual contexto do debate acerca do conceito de vulnerabilidade, verificar se o posicionamento majoritário dos julgadores está hoje em harmonia com os princípios da adequação social e da dignidade da pessoa humana e analisar se os tribunais superiores permanecem reafirmando a opção do legislador de 2009.

Por fim, ponderando-se as teses majoritárias e minoritárias sobre a questão, pretende-se com esse estudo concluir qual seria a melhor opção do intérprete do direito para assegurar a proteção integral de crianças e adolescentes contra a violência sexual sem afrontar a liberdade de escolha e a dignidade do adolescente do século XXI.

2 - DO CRIME CONTRA OS COSTUMES AO CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

2.1 - DO ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O crime de estupro, como não poderia deixar de acontecer, está previsto na legislação do Brasil como país independente desde o Código Criminal do Império, de 1830, e esteve previsto também no Código Penal republicano de 1890.

Nesses dois estatutos, era perceptível a discriminação à mulher prostituta ou simplesmente àquela que não fosse virgem, sendo as penas do crime praticado contra a “mulher honesta”

ou contra a “mulher virgem” consideravelmente mais altas.

O Código republicano de 1890, em seu artigo 272, já trazia a ideia de presunção de violência, preconizando:

Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida fôr menor de 16 anos. (BRASIL, 1890).

Em 1932 a Consolidação das Leis Penais, no seu artigo 269, passou a considerar violência não somente a força física, mas, também, quaisquer meios ardis capazes de privar a mulher de sua capacidade de resistir ao ato sexual contra ela praticado, trazendo uma ideia de vulnerabilidade da vítima.

O Título VI da redação original do Código Penal de 1940 – crimes contra os costumes — capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual, trouxe a previsão do estupro no seu artigo 213 e do atentado violento ao pudor no artigo 214.

A configuração do crime de estupro contra menores, lado outro, se dava pela combinação das figuras típicas previstas no artigo 213 ou 214 com o artigo 224 daquele estatuto penal, que trazia no 224 a figura da presunção de violência. Nos casos em que a mulher envolvida na prática de atos sexuais era menor de 14 anos de idade, presumia-se que o homem havia agido com violência, sendo, assim, tal violência ficta. Essa ideia de presunção de violência foi alvo de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A maioria dos doutrinadores defendia a relatividade dessa presunção de violência, chegando alguns a combaterem até mesmo essa ideia de presunção ao argumento de que ela trazia a responsabilidade objetiva para o âmbito do direito penal, o que era inadmissível.

Jayme Walmer de Freitas (2016), sobre a presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal de 1940 em sua redação original, afirmou que:

De todo modo, foi correta a exclusão da figura da presunção, uma vez que esta deve ser evitada no Direito Penal, mormente quando contrária aos interesses do réu. (FREITAS, 2016, p. 45).

Citando vários juristas expoentes do Direito Penal, destacou o posicionamento de Nelson Hungria sobre o assunto:

Hungria já nos ensinava que essa presunção de violência tinha natureza relativa, ou seja, admitia prova em contrário (Comentários ao Código Penal, v. VIII, p. 230), visando à não transigência com a responsabilidade objetiva. (FREITAS, 2016, p. 45).

A jurisprudência, lado outro, apesar dos posicionamentos minoritários, sempre tendeu a interpretar a figura da presunção de violência prevista pelo legislador no artigo 224 do CP como absoluta. Foi somente em 2009 que o legislador editou a Lei n.º 12.015 com o intuito de extirpar a presunção do texto legal e sepultar as discussões acerca do tema.

O diploma legislativo de 2009 procurou dar uma nova roupagem aos crimes sexuais. De início já alterou a nomenclatura do Título VI do Código Penal, substituindo o termo “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual” em uma tentativa de incorporar ao nosso ordenamento jurídico a ideia de que o respeito à opção das pessoas de como desejam levar sua vida sexual é uma maneira de se assegurar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A ideia de que o Código Penal tutelava os “costumes”, ditando como as pessoas deveriam se comportar sexualmente na sociedade e definindo parâmetros éticos e de moralidade pública, revelava uma visão antiquada dos hábitos de uma sociedade já ultrapassada, que não mais se coadunava com aquela sociedade do século XXI.

Assim, adotar a “dignidade sexual” no lugar dos “costumes” como objeto de tutela pelo sistema legal nacional representou um avanço social que buscou eliminar dispositivos penais que se fundavam em concepções machistas e discriminatórias da sexualidade.

Com isso, o bem jurídico a merecer a proteção estatal passou a ser a “dignidade”, a “liberdade” sexual e não mais os “costumes”, os padrões sociais de comportamento sexual definidos por uma sociedade e por uma época.

2.2 - DO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS A PARTIR DA LEI N.º 12.015/2009

Com inspiração nesses ideais de tutela da dignidade da pessoa humana, que inclui a dignidade sexual, a Lei n.º 12.015/2009 introduziu no Código Penal, no artigo 217-A, a figura típica do estupro de vulneráveis.

Tal dispositivo trouxe para o Estatuto Penal o conceito de vulnerável, sepultando, a princípio, a clássica controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da presunção de violência, considerada elemento do revogado artigo 224 do CP. Buscou o legislador, com isso, adotar o critério etário como elemento do tipo de forma a não admitir qualquer relativização.

O termo “vulnerável” passou a constituir elemento objetivo do tipo penal, sendo que, no caso da situação de vulnerabilidade pelo critério etário – menor de 14 anos –, não há de se analisar se o ofendido era vulnerável naquele caso concreto, não se permitindo valoração. Se a vítima era menor de 14 anos, fica caracterizada a condição de vulnerabilidade pela ficção legal absoluta; o legislador pretendeu, com isso, extinguir qualquer debate relativo às circunstâncias fáticas em que a prática sexual ocorreu, sobretudo se houve ou não o consentimento da vítima.

Deve-se ressaltar que a intenção do legislador ao editar a lei citada foi a de respeitar a dignidade e a liberdade sexual das pessoas. Buscou proteger, no entanto, os vulneráveis, que, seja por sua pouca idade, seja por qualquer outra circunstância permanente ou transitória que limite sua capacidade de compreensão, não pode consentir com práticas sexuais.

Rodrigo Moraes Sá (2013), ao analisar o tipo penal em estudo, afirma:

Sob o prisma criminal, a vulnerabilidade está intimamente ligada à ideia de pessoas que não detêm aptidão psicológica para compreender o caráter lascivo do ato sexual ou sequer possuem condições mínimas de normalidade psíquica para manifestarem livremente seu desejo quanto à prática da relação sexual. Não é à toa que este termo fora empregado, já que tem o significado daquele que se encontra do lado fraco de uma questão ou do ponto onde alguém pode ser atacado. (SÁ, 2013, p. 6).

Assim, o que pretendeu a citada lei foi tratar a conduta do agente de forma objetiva. Se alguém mantém conjunção carnal ou pratica qualquer outro ato libidinoso com pessoa vulnerável, sua ação se subsume ao artigo 217-A do CP.

E, no tocante às práticas sexuais com menores de quatorze anos, pretendeu o legislador, ao fixar um critério etário, eliminar qualquer relativização ou análise de circunstância fática para a caracterização do ilícito. Se a vítima é menor de quatorze anos, é vulnerável, e se alguém pratica atos sexuais com ela sua conduta se amolda ao crime de estupro de vulnerável. E ponto final.

A *mens legislatoris*, sem dúvida, vai ao encontro da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente e se apoia na necessidade de se diminuir os alarmantes índices de prostituição infantil e da iniciação sexual precoce das crianças brasileiras.

Passou-se, assim, da antiga análise da presunção – absoluta ou relativa – de violência pelo autor do crime para o olhar sobre a condição da vítima que, não podendo oferecer resistência, em decorrência da pouca idade ou do seu estado físico ou mental, é considerada vulnerável.

Guilherme de Souza Nucci (2010) salienta:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseada numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes. (NUCCI, 2010, p. 395).

Logo em seguida à edição da Lei n.º 12.015/2009 iniciaram-se os debates doutrinários acerca da natureza da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável. Para a parte da doutrina e da jurisprudência predominantes até a época da alteração legislativa mencionada, essa análise etária objetiva preconizada pelo artigo 217-A do CP é constitucional e se amolda aos ideais protecionistas da

Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cristiane Dupret (2009) ensina que a evolução social não pode ser alegada como razão para se deixar de fixar limites às experiências sexuais, principalmente o limite etário, uma vez que a ausência de parâmetros éticos viola os direitos das crianças e adolescentes a ter um desenvolvimento físico, psicológico e moral sadios.

Se continuarmos aceitando que a evolução social cada vez mais relativize o conceito de infância, em breve as pessoas pularão duas fases importantíssimas de seu desenvolvimento físico, psicológico e moral: a infância e o início da adolescência. A sociedade não pode, e muito menos a lei, aceitar e justificar que pessoas, no início de seu desenvolvimento, sejam submetidas a atos libidinosos não condizentes com o seu desenvolvimento físico. Dessa forma, acreditamos que o conceito de vulnerável do art. 217-A estabelece ideal proteção aos menores de 14 anos. (DUPRET, 2009, p. 22).

Rogério Greco (2009) faz coro a Dupret, ao analisar o tipo penal em estudo:

Hoje, com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos. (GRECO, 2009, p. 529).

Para os doutrinadores citados, a Lei n.º 12.015/2009, ao incluir como elemento objetivo do tipo a vulnerabilidade do menor de 14 anos, proíbe peremptoriamente a prática sexual a esse público. Para esse grupo de estudiosos, os menores de 14 não possuem autodeterminação sexual por não terem autonomia. A vulnerabilidade desse público é presumida pela lei, não cabendo qualquer valoração nessa hipótese.

Greco, ao discorrer sobre o crime de estupro de vulnerável, afirmou que o antigo crime do artigo 224 do Código Penal previa a presunção de violência para os casos de relacionamentos sexuais com menores de 14 anos; os tribunais, no entanto, em alguns casos, relativizaram esse conceito de violência presumida. Disse, ainda, que agora, com a edição da Lei n.º 12.015/2009, “não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos” (GRECO, 2009, p. 529).

Guilherme Nucci (2009), de forma diferente dos penalistas citados, ao comentar a lei que introduziu o novo artigo 217-A no Código Penal, em obra datada do mesmo ano de edição da lei – 2009, já ponderou que a vulnerabilidade, assim como a presunção de violência para menores de 14 anos, não seria vista de forma absoluta. Para Nucci, a jurisprudência acabaria tendo que relativizar esse conceito, observando a autodeterminação da vítima para considerar se o seu consentimento foi ou não relevante no caso concreto, principalmente nos casos em que tal vítima fosse adolescente (entre 12 e 14 anos).

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepultada a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma (*sic*) como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? (NUCCI, 2009, p. 37).

Jayme Walmer de Freitas (2016, p. 56), dissertando sobre a presunção de violência, rememora os ensinamentos de Nelson Hungria e cita trecho da obra do grande penalista na qual ele mencionou observação feita pelo então Ministro Francisco Campos na Exposição de Motivos do Código de 1940:

[...] O fundamento legal de 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 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 [...] (HUNGRIA, 1981 *apud* FREITAS, 2016, p. 56).

E, em 1940, já entenderam os doutrinadores que a idade de 16 anos fixada pelo Código Penal republicano de 1890 poderia ser reduzida para 14, tudo isso porque em 50 anos (entre o Código republicano de 1890 e o Código Penal de 1940) já havia ocorrido uma mudança de mentalidade da sociedade, o que justificava a redução da idade

em que a vítima menor deveria ser considerada vulnerável de 16 para 14 anos. Freitas (2016, p. 56) ainda cita observação de Alberto Silva Franco e Tadeu Antônio Dix Silva sobre a discussão da época:

[...] contínuas, profundas e radicais transformações, não se poderia, realmente, esperar que o direito penal, em matéria sexual, permanecesse numa postura de total indiferença e que continuasse a adotar conceitos (ou preconceitos?) já esgotados de significado. Teve, como é óbvio, de adotar novas posições, de passar por um processo de recomposição e de reavaliação. Antes de tudo, renunciou à tendência de ditar normas em nome da moralidade e declarou sua neutralidade em face de diversas modalidades de orientação ou opção sexual [...]. (FRANCO; SILVA *apud* FREITAS, 2016, p. 56).

Travou-se, assim, após a edição da lei de 2009, no campo doutrinário e jurisprudencial, uma ferrenha discussão acerca do caráter absoluto ou relativo dessa vulnerabilidade do menor de quatorze anos. Muitos defendiam ter a vulnerabilidade caráter absoluto, sendo o menor de 14 anos hipossuficiente, frágil, incapaz de consentir validamente para a realização de qualquer ato sexual.

Outros, de forma divergente, preconizavam a relatividade do conceito nos casos em que a vítima demonstrasse conhecimento e experiência em relação à prática sexual e sustentavam essa posição, também, no decurso de quase 70 anos de evolução social quando da fixação dessa idade de 14 anos.

No campo doutrinário, prevaleceu a opinião de que essa vulnerabilidade da vítima de 14 anos deveria ser tida como relativa.

3 - DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL VIGENTE SOBRE O TEMA

3.1 - A TESE REPETITIVA FIRMADA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ NO JULGAMENTO DO RESP 1480881/PI

Alinhando-se ao legislador de 2009 e aos doutrinadores que defendiam o caráter absoluto da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2015, julgou o REsp 1.480.851/PI, que, sob o rito dos recursos repetitivos, fixou a tese de que o crime de estupro de vulnerável se configura com

a mera prática de ato sexual com menor de 14 anos, tendo tal vulnerabilidade caráter absoluto diante da idade da vítima.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos. 3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos. 5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada

preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, assentando-se a seguinte tese: para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (Recurso Especial nº 1480881). (BRASIL, 2015).

Essa tese culminou na edição pelo STJ, em outubro de 2017, da Súmula 593, que reforçou a objetividade do critério etário no estupro de vulnerável ao preceituar que eventual consentimento da vítima para a prática do ato sexual, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso do ofendido com o agente são irrelevantes para a configuração do tipo do artigo 217-A.

O Ministro relator do julgado acima referido que justificou a edição pelo STJ da Súmula 593 salientou em seu voto:

[...] Registre-se que, ainda na vigência da alínea “a” do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/09), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos. [...] Posto que semelhante posicionamento dos tribunais superiores, como dito, nem sempre se tenha mostrado unívoco e talvez até pudesse suscitar alguma dúvida a quem julgou a questão quando ainda vigente o texto do art. 224 do Código Penal – que cuidava da presunção de violência nos “crimes contra os costumes” – as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09 ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente [...] (ibidem, 2015).

E mais uma vez o legislador, pretendendo jogar uma pá de cal na discussão acerca de ser absoluta ou relativa a presunção de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, editou a Lei n.º 13.718/2018, que fez incluir no artigo 217-A do Código Penal o §5º.

Tal dispositivo legal praticamente reproduziu o teor da Súmula 593 do STJ asseverando que a vulnerabilidade do menor de 14 anos é absoluta, sendo irrelevantes o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre as partes.

Apoiaram-se o legislador e os tribunais, ao interpretar como sendo absoluto o conceito de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no crime do artigo 217-A do CP, na ideia de garantir a proteção integral do público infantojuvenil.

Volvendo ao voto do Ministro Rogério Schietti no acórdão paradigma acima citado, vemos que os julgadores, ao entenderem como absoluta a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, citam a efetivação da garantia de proteção das crianças e adolescentes contra a violência sexual como a principal razão de ser dessa conclusão.

Estes trechos do voto mencionado deixam tal preocupação evidente:

[...] Deveras, de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal. [...] Esse lento, porém constante, progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza com a "evolução dos costumes". Ao contrário, é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento psíquico e emocional saudável dos futuros adultos que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo. O marco político para essa tomada de posição – releva acentuar – veio com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais, seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1988. [...] É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas [...] (ibidem, 2015).

Na parte final do seu voto, o Ministro relator salienta a antiga controvérsia jurídica sobre o tema e assenta seu posicionamento de que a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos deve ser entendida como absoluta.

[...] Como ressaltado linhas acima, a jurisprudência e a doutrina nunca se afinaram, univocamente, na construção de uma hermenêutica de afirmação do caráter absoluto da presunção de violência objeto da norma penal revogada (art. 224, "a", do CPB). [...] Fato é que a jurisprudência perfila o entendimento de que não se havia de permitir relativizações da presunção de violência ainda sob a antiga redação do artigo 224, "a", do Código Penal. Agora, mais ainda, sob a vigência do art. 217-A do CP – que abandona a fórmula de presunção de inocência e inclui no próprio tipo penal a ação de ter con-

junção carnal ou praticar outro ato libidinoso – não há espaço para instabilidade jurídica, máxime em situações como a que ora se enfrenta, de elevada reprovabilidade. (ibidem, 2015).

Com isso, editada pelo STJ em 2017 a Súmula 593 e incorporado o seu teor pelo legislador no Código Penal, ao incluir o §5º no artigo 217-A, mais uma vez as vozes contrárias ao caráter absoluto da vulnerabilidade do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável foram silenciadas.

3.2 - DA DERROTABILIDADE DA TESE REPETITIVA FIRMADA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ NO JULGAMENTO DO RESP 1480881/PI PELOS RECENTES JULGADOS DO STJ

E como tem se dado os julgamentos dos casos de estupro de vulnerável hoje, decorridos pouco mais de cinco anos da incorporação do teor da Súmula 593 do STJ no texto legal? Esse critério etário objetivo tem se mantido absoluto? Os julgadores estão, desde 2009, apoiados pelo STJ e pelo legislador, proibindo o menor de 14 anos de exercer a sua sexualidade por meio da punição de seus parceiros?

Como não poderia deixar de ser, a edição em 2018 da Lei n.º 11.829/2018 fez com que a discussão sobre o caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no Código Penal permanecesse em banho-maria.

No entanto, a vida real provou que as vozes contrárias à sistemática legal e jurisprudencial sobre o tema não ficariam caladas por muito tempo. A exemplo do que ocorria antes de 2009, quando se debateu acerca do caráter absoluto ou relativo da então presunção de violência para a configuração do crime de estupro ou de atentado violento ao pudor quando presentes as condições do então artigo 224 do CP, o debate acerca da natureza da vulnerabilidade da vítima – se absoluta ou relativa – persiste.

Os alertas de Nucci se mostraram corretos. Antes mesmo da edição da súmula pelo STJ e da introdução do novo parágrafo no tipo do artigo 217-A, Guilherme de Souza Nucci (2009) ressaltou que a norma penal era incompatível com a realidade e com a própria legislação que rege os direitos e garantias da criança e do adolescente:

A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da in-

tervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter de presunção de violência – se relativo ou absoluto – sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. (NUCCI, 2009, p. 37-38).

E, citando posicionamento de outra doutrinadora sobre o tema, o jurista asseverou:

Não se pode olvidar, ademais, que a atual lei, tal como a anterior, mostra-se em total dissonância do que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo equivocadamente a idade de 14 anos para a iniciação sexual. Discorrendo sobre o tema, Klelia Canabrava Aleixa acentua que, embora a Lei 12.015/2009 tenha substituído a questão da moralidade pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, o legislador continuou adotando uma postura proibitiva e moralista sobre a sexualidade infanto-juvenil, partindo da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é irregular, desviante e deve ser objeto de proibição [...] E conclui a autora: “pensar a Proteção Integral afirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente implica no reconhecimento de que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de desenvolvimento, o que não as reduz à condição de objeto de intervenção.” Assinalar a questão da responsabilidade no seio do direito à sexualidade não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada em juízos de natureza moral ou na sua negação, *contrario sensu*, implica em disponibilizar o acompanhamento e a orientação. (NUCCI, 2010, p. 407).

Rodrigo Moraes Sá (2013), ao criticar a presunção absoluta de vulnerabilidade, ensina:

Muito embora a lei presuma, *iuri et de iuri*, que pessoas menores de quatorze anos não têm discernimento para a prática de atos sexuais, plenamente possível o afastamento desta presunção mediante a produção de prova inequívoca de que a vítima possui experiência no campo sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Admitir o contrário seria contemplar a imputação por responsabilidade objetiva, contrariando o direito penal moderno que consagra a responsabilidade subjetiva, em que o dolo e a culpa devem ser provados. (SÁ, 2013, p.14-15).

Nucci, ao comentar as alterações legislativas hoje vigentes, que adotaram um critério puramente biológico, afirmou:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseada numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e a capacidade cognitiva das crianças e adolescentes. Creemos que o legislador, ao editar o dispositivo em análise, afastou-se novamente da realidade social, vez que ignorou não só a precocidade das crianças e adolescentes, como persistiu em utilizar um critério etário para definir aqueles que em hipótese alguma podem manter relações sexuais. Por tais razões é que defendemos a relativização de sua vulnerabilidade. (NUCCI, 2010, p. 413-414)

Vê-se, destarte, que o tempo provou o equívoco do legislador ao acreditar que estaria sepultando o assunto com a fixação do critério etário objetivo. Assim, como ocorreu na época em que vigia o conceito de presunção de violência, os casos da vida real, quando levados ao Judiciário para análise, sempre preponderaram sobre os conceitos engessados da lei e sobre julgados que refletem a posição de uma época.

Ao contrário do salientado pelo Ministro Rogério Schietti no voto prolatado no julgamento do REsp citado, o Direito Penal deve, sim, observar o desenvolvimento da sociedade e dos costumes. Essa observância da evolução social, somada à necessidade de se promover uma política criminal de atenção ao saudável crescimento físico, mental e afetivo do público infantojuvenil, está, novamente, prevalecendo.

E, dessa vez, não só os doutrinadores vêm defendendo a relativização da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos em algumas hipóteses de crimes de estupro de vulnerável. A eles está se somando a jurisprudência, e o próprio STJ está relativizando essa vulnerabilidade da vítima em casos que apontam se tratar de hipóteses de *distinguishing* do caso paradigma para a edição da Súmula n.º 593.

4 - DA LEITURA ATUAL DO TEMA PELO STJ

Os aplicadores do Direito têm, atualmente, feito vários questionamentos ao se depararem com situações da ocorrência de um crime de estupro de vulnerável envolvendo um jovem adulto e um adolescente menor de 14 anos. Esse menor de 14 anos que quis se relacionar sexualmente com alguém é sempre vulnerável tão somente em razão da sua idade? É o critério etário o mais adequado para se definir se a vítima é vulnerável ou não? Realmente se protege o adolescente da violência sexual ao se desconsiderar o seu consentimento para o sexo? Faz-se justiça ao punir qualquer um que se relacione sexualmente com um adolescente ou há parâmetros para se definir que tipo de autor deve ser punido? O crime de estupro de vulnerável pune somente o suposto agressor ou pode ir além, violando direitos da família ou da própria vítima? O que o tipo do artigo 217-A do CP pretende, criminalizar a vida sexual precoce ou proteger a criança e o adolescente da pedofilia e da exploração sexual?

Esses questionamentos estão sendo debatidos pelos julgadores – desde o juiz da primeira instância até os ministros do STJ – e as respostas que estão sendo dadas por eles nos recentes julgados estão alimentando a reabertura dos debates acerca do assunto.

É certo que muitos dos nossos juízes e tribunais ainda não se afastam do texto legal expresso do §5º do artigo 217-A do CP e do teor da Súmula n.º 593 do STJ. Outros tantos, entretanto, já estão questionando esse entendimento, no que são apoiados por número extenso de doutrinadores, o que faz o assunto ser reavivado.

No ano de 2022, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Agravo Regimental em um Recurso Especial oriundo do estado do Rio Grande do Norte, interposto pelo Ministério Público Federal, concluiu que estavam diante de questões fáticas peculiares que os impediam de julgar o caso concreto de acordo com o precedente fixado pelo próprio STJ sobre o assunto. Aplicaram, então, os ministros dessa 5ª Turma a “Teoria da Derrotabilidade do Enunciado Normativo” e fizeram uma distinção em relação à tese fixada em 2017, na Súmula 593, que prevê que o consentimento da vítima ou a existência de relacionamento amoroso com o acusado não afastam a tipificação do crime previsto no artigo 217-A do CP.

O *distinguishing*, ou distinção, é a técnica construída a partir da “Teoria da Derrotabilidade do Enunciado Normativo” e é usada nos chamados *hard cases*.

Quando o julgador está diante de pressupostos de fato e de direito diferentes daqueles que levaram à formação de um precedente em relação a determinado caso concreto que esteja em julgamento, ele pode superar o precedente vinculante e decidir a causa como entender de direito, deixando até mesmo de aplicar um tipo penal a um caso concreto.

Transcreve-se a ementa do julgado referido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. HIPÓTESE DE DISTINGUISHING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ. 2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para

consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor, mas também da vítima. 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados e a constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao *distinguishing* ou distinção. 4. A condenação de um jovem que, na época dos fatos, tinha 19 anos, hoje com 25 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados *hard cases*, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017). 6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 7. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 2029009/RN). (BRASIL, 2022).

Pela simples leitura da ementa do acórdão, vê-se que, na verdade, o que os ministros julgadores apontaram como “particularidades do caso concreto” que justificavam a aplicação do *distinguishing* e impediam o julgamento do processo na forma dos precedentes jurisprudenciais sobre o assunto eram simplesmente circunstâncias já previstas pelo legislador. Essas particularidades que justificaram o julgamento contrário à previsão legal e ao ditame da Súmula STJ nº 593 foram apontadas como o consentimento dado pela vítima para a relação sexual com o réu, seu então namorado, e o fato de o casal ter um filho em comum, que não podia ser prejudicado por eventual desagregação do núcleo familiar e eventual prisão do pai. Essas circunstâncias foram consideradas para se distinguir o caso concreto e autorizar o afastamento da aplicação da súmula e da lei de forma a impedir a configuração do delito.

Isso significa que a jurisprudência flexibilizou o caráter dito absoluto da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos que pratica atos sexuais nas hipóteses em que há consentimento e relacionamento entre as partes? Estão os julgadores acatando os inúmeros e antigos alertas dos doutrinadores de que é preciso adequar a legislação e a jurisprudência ideal à realidade do século XXI?

No mesmo sentido do julgado citado, em maio de 2023 o Superior Tribunal de Justiça novamente apreciou a questão e se manifestou em sentido contrário ao precedente da Corte ao julgar o REsp 1.977.165/MS. Dessa vez, a 6ª Turma do STJ, fazendo análises similares àquelas feitas pela 5ª Turma no ano anterior, decidiu:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DENÚNCIA REJEITADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. RECEBIMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍTIMA COM 12 ANOS E RÉU COM 19 ANOS AO TEMPO DO FATO. NASCIMENTO DE FILHO DA RELAÇÃO AMOROSA. AQUIESCÊNCIA DOS PAIS DA MENOR. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA ADOLESCENTE. DISTINGUISHING. PUNIBILIDADE CONCRETA. PERSPECTIVA MATERIAL. CONTEÚDO RELATIVO E DIMENSIONAL. GRAU DE AFEITAÇÃO DO BEM JURÍDICO. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL DO FATO.

1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que é absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

2. A presente questão enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso resultou no nascimento de um filho, devidamente reconhecido, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação. 3. Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade” (RHC 126.272/MG, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe 15/6/2021). 4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima de conviver com o recorrente e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal. 5. “A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente, mas também emocionalmente, desestruturando a entidade familiar constitucionalmente protegida” (REsp n. 1.524/RN e AREsp 1.555.030/GO, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021). 6. Recurso especial provido. Restabelecimento da decisão que rejeitou a denúncia. (REsp 1977165/MS). (BRASIL, 2023).

Ao reafirmar a tese contrária àquela até então vigente, está o STJ reconstruindo os conceitos que circundam o crime de estupro de vulnerável? Quais aspectos da problemática envolvendo o sexo por adolescentes estão sendo hoje questionados? Está o STJ afastando o caráter absoluto da vulnerabilidade do menor de 14 anos? O critério etário é o mais adequado para se definir essa vulnerabilidade? Em o sendo, deve ser mantido esse marco de 14 anos a despeito do conceito de adolescente trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente?

4.1 - A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS: PRESUNÇÃO ABSOLUTA OU RELATIVA?

O legislador de 2009 optou acertadamente por afastar a expressão presunção de violência e

criar um tipo penal autônomo para a proteção do público infantojuvenil contra a exploração sexual. Assim, com o advento da Lei 12.015/09 afastou-se a tipificação do crime de estupro contra crianças e adolescentes por extensão dos artigos 213 e 214 combinados com o artigo 224 do Código Penal e se criou um tipo penal autônomo – artigo 217-A –, que trouxe o termo “vulnerável” no lugar da expressão “presunção de violência”.

À luz do *caput* do artigo 217-A do Código Penal, vulneráveis são as pessoas menores de 14 anos. Tal vulnerabilidade prevista pela lei é absoluta? Se configura somente com a comprovação da pouca idade da vítima? Guilherme de Souza Nucci pensa que não:

Nesse sentido, a antiga discussão acerca da presunção de violência, se absoluta ou relativa, travada especialmente no campo da idade, não foi de todo afastada. A interpretação literal do recém editado artigo 217-A tem levado a conclusões precipitadas no sentido de que a antiga discussão sobre a natureza da presunção, se absoluta ou relativa, desapareceu, dando lugar à *presunção iuris et de iure* de vulnerabilidade das pessoas ali elencadas. A fim de desfazer tal equívoco, e, em respeito aos princípios constitucionais da intervenção mínima do direito penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção de inocência, é que a vulnerabilidade, merecedora de tutela penal, deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual. (NUCCI, 2010, p. 408)

E o STJ, com suas novas decisões contrárias à literal interpretação do texto legal e da tese anterior que orientou a Súmula 593, está, paulatinamente, se alinhando a esse entendimento de que se deve relativizar, em certas situações, a presunção de vulnerabilidade da vítima quando inexistir lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora e, por consequência, desnecessidade de intervenção do Direito Penal.

A adoção do critério etário pelo legislador para definir a vulnerabilidade da vítima, aliada à manutenção da idade de 14 anos como marco divisório dos menores que são vulneráveis pela pouca idade, tem sido objeto de incansáveis debates.

Nucci, ao discorrer sobre o tema, asseverou:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador

para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes. Cremos que o legislador, ao editar o dispositivo em análise, afastou-se novamente da realidade social, vez que ignorou não só a precocidade das crianças e adolescentes, como persistiu em utilizar um critério etário para definir aqueles que em hipótese alguma podem manter relações sexuais. Por tais razões é que defendemos a relativização de sua vulnerabilidade. Não se pode olvidar, ademais, que a atual Lei, tal como a anterior, mostra-se em total dissonância do que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo equivocadamente a idade de 14 anos para a iniciação sexual. (ibidem, 2010, p. 408).

Fundamentos idênticos foram usados pelo juiz de piso, que rejeitou uma denúncia de estupro de vulneráveis majorado imputado a um rapaz de 19 anos que manteve relações sexuais consentidas com a namorada de 12 anos e absolveu sumariamente o denunciado, caso que foi objeto de apreciação pelo STJ, o qual confirmou tal decisão ao julgar o REsp 1.977.165/MS.

Vê-se, assim, que nos últimos anos vem ganhando força a tese de que a vulnerabilidade da vítima de estupro de vulnerável deve ser aferida casuisticamente.

As últimas decisões das cortes superiores estão afastando a mera interpretação literal da norma incriminadora e considerando as condutas como típicas somente quando elas efetivamente ofendem o bem jurídico tutelado.

Se, pelas circunstâncias do caso concreto, fica demonstrado que uma pessoa menor de 14 anos de idade manteve relacionamento sexual com um imputável, mas que, para tanto, agiu com capacidade e maturidade suficiente para decidir acerca da sua sexualidade, conclui-se pela ausência de tipicidade material.

A interpretação sistemática da norma penal, dessa forma, permite a aferição, caso a caso, dessa vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos envolvida em práticas sexuais.

Cita-se abaixo trecho do debate travado no julgamento pelo STJ do REsp 1.977.165/MS:

Ressalte-se que embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tenham, de certo modo, pacificado o entendimento em que se afasta a possibilidade de relativização da vulnerabilidade etária, filio-me ao entendimento, ainda que minoritário, daqueles que entendem possível a flexibilização da vulnerabilidade da vítima em razão da idade nos crimes sexuais, de acordo com as elementares e circunstâncias do caso concreto. Sobre vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, Bitencourt esclarece: [...]. “Deste modo, para se aferir a *innocentia consilii*, é razoável valorar as peculiaridades do caso, entre as quais se destacam especialmente, se a vítima é adolescente (mais de 12 anos), eventuais experiências anteriores, o consentimento, o desenvolvimento de relação afetiva de caráter duradouro, a diferença de idade entre o autor e a vítima e a eventual maturidade e capacidade de oferecer resistência da vítima.” Assim, há de se diferenciar o grau de vulnerabilidade de cada infante, reconhecendo-se que uma pessoa entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos pode eventualmente apresentar discernimento, de forma a desativar o comando previsto no artigo 217-A do Código Penal. (Resp 1977165/MS). (BRASIL, 2023).

Percebe-se, destarte, que os novos julgados sobre o tema têm concluído que não se pode aceitar a mera subsunção formal da conduta ao tipo, dizendo-se que um imputável pratica o crime de estupro de vulnerável quando pratica ato libidinoso ou conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos. É preciso alargar essa análise. Uma conduta que seja, de início, formalmente típica poderá ser materialmente atípica caso não ofenda o bem jurídico tutelado pelo tipo penal (princípio da ofensividade) ou quando não possui relevância social (princípio da adequação social).

4.2 - A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL DO ADOLESCENTE FRENTE À PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA A VIOLÊNCIA SEXUAL

Como desdobramento dessa tese da vulnerabilidade relativa da vítima menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, surgem alguns outros debates: está o *caput* do artigo 217-A do Código Penal em consonância com os princípios constitucionais e com o Estatuto da Criança e do Adolescente? A proteção integral da criança e do adolescente engloba a tutela da liberdade sexual desse público? Ao negar validade ao consenti-

mento do adolescente para o sexo, não estamos promovendo uma revitimização secundária?

A Lei n.º 8.069/90, criada sob o manto da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, faz uma distinção entre criança — pessoa com até 12 anos de idade incompletos — e adolescente — pessoa com idade entre 12 e 18 anos de idade incompletos. Essa mesma lei reconhece que o adolescente (entre 12 e 18 anos) já possui maturidade suficiente para entender o caráter ilícito dos seus atos e, por isso, pode receber uma medida socioeducativa como responsabilização por eventual ato infracional praticado.

Então pensemos um exemplo hipotético no qual um adolescente de 15 anos namore uma menina de 13 e, no âmbito desse relacionamento amoroso, pratiquem atos libidinosos. Em tese, o menino de 15 anos praticou um ato infracional análogo ao crime do artigo 217-A do Código Penal e deve ser responsabilizado com uma medida socioeducativa adequada. Essa solução, apesar de ser tecnicamente correta, é justa? Será que a menina de 13 anos é mais vulnerável do que o menino de 15? Não possui essa adolescente de 13 anos o direito de iniciar sua vida sexual com o namorado praticando atos libidinosos típicos da iniciação sexual dos jovens quando ela quiser fazê-lo?

E mesmo quando se alteram os elementos desse primeiro exemplo, e se eleva a idade do rapaz para 18 anos, pensa-se que as respostas às perguntas acima sejam as mesmas, com a agravante, por óbvio, de que o jovem de 18 anos receberá uma pena privativa de liberdade pela mesma conduta, em vez de medida socioeducativa aplicada ao adolescente em conflito com a lei.

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal do artigo 217-A do Código Penal é a dignidade sexual do vulnerável. Mas, nas hipóteses aventadas acima, não se está violando a dignidade sexual da adolescente de 13 anos que manifesta sua vontade livre de praticar atos libidinosos com o namorado?

E o Código Penal, ao dizer no seu §5º do artigo 217-A que as penas previstas no dispositivo se aplicam independentemente do consentimento da vítima, não está violando o princípio constitucional da dignidade humana ao proibir o público adolescente de exercer livremente a sua sexualidade? Essa desconsideração da vontade do adolescente não acaba por revitimizá-lo?

Nos julgados recentes sobre o crime de estupro de vulnerável, muito tem se debatido sobre a questão; e um dos argumentos para se afastar a aplicação da norma e julgado paradigmas tem sido a necessidade de se evitar a revitimização do ofendido.

A proteção integral da criança e do adolescente, defendida pela Organização das Nações Unidas (ONU) com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança e erigida pela Constituição da República como instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana (art. 227), exerce crucial influência sobre o intérprete da norma jurídica infraconstitucional, porquanto o impele a compreendê-la e a aplicá-la em conformidade com a prevalência dos interesses do menor em determinada situação concreta. (REsp 1911030/PR) (BRASIL, 2020).

A vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador quando ele deixa de considerar sua vontade, desrespeitando a sua dignidade enquanto pessoa humana. Dessa forma, o fato de a lei ignorar a vontade livremente manifestada pelo adolescente e não preservar a sua liberdade de escolha e o livre exercício da sua sexualidade significa, em última análise, sua revitimização.

O artigo 227 positivava o princípio da máxima proteção das crianças e adolescentes e é um viés principiológico decorrente de outro de maior amplitude, que é o princípio da dignidade humana do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Tais dispositivos constitucionais precisam ser o norte da interpretação das demais leis ordinárias. Assim, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto o Código Penal precisam necessariamente de interpretação à luz dos princípios e diretrizes constitucionais; isto é, não deve haver uma condenação contrária ao interesse da vítima quando não há efetiva vulneração do bem jurídico tutelado.

Posto isso, não se deve permitir a aplicação da norma incriminadora do artigo 217-A do Código Penal sem se fazer uma análise do caso concreto e apurar se existe tipicidade material.

Na teoria tripartite, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são elementos constitutivos do crime. Dessa forma, a conduta, além de formalmente típica, por se adequar abstratamente à norma penal, precisaria ser materialmente típica, que “deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.” (HC 92531/RS, p. 526-529). (BRASIL, 2008).

A adequação típica material da conduta com consequente possibilidade de condenação, dessa forma, somente deverá se dar nas hipóteses em que há efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, mas nunca quando representar, na verdade, um desrespeito à dignidade sexual do adolescente.

As crianças e adolescentes do século XXI, que têm acesso a uma gama enorme de informações pela internet, que interagem em redes sociais, que estão conhecendo e utilizando a inteligência artificial e que, diante disso, têm o desenvolvimento intelectual e cognitivo superior a esse público de outrora, devem ser tratadas e protegidas da mesma forma que as crianças e adolescentes de mais de oitenta anos atrás?

Esse parâmetro de 14 anos, utilizado até hoje pela legislação atual, foi aquele definido pelo Código Penal de 1940. Antes disso, o Código Penal republicano de 1890 trazia a definição de impossibilidade de consentimento para o sexo para a pessoa com idade inferior a 16 anos. Vê-se, assim, que, decorridos 50 anos entre os dois estatutos penais citados, a idade para a iniciação sexual foi reduzida em dois anos. Então, decorridos mais 80 anos da fixação do marco etário de 14 anos, não estaria na hora de se adequar a lei à realidade social?

João Daniel Rassi, citado por Rodrigo Moraes Sá em seu artigo, sem se afastar completamente do critério etário e da vulnerabilidade da criança e do adolescente menor de 14 anos, admite uma solução alternativa para melhor interpretar a norma, relativizando essa vulnerabilidade tão somente para o adolescente entre 14 e 12 anos e mantendo-a absoluta para a criança.

Não se trata, contudo, de um elemento de natureza absoluta. Como elemento do tipo, ele é normativo e, no caso específico, poderá ser interpretado de acordo com o que foi estabelecido como critério legal de menoridade no Estatuto da Criança e do Adolescente – ou seja, é considerado menor, ou criança, aquele que não atingiu 12 anos. Assim, no caso de menores de 12 anos, há integração das normas penais e estatutárias quanto à incapacidade da criança, e por isso, a idade aqui terá um papel definitivo na formação do tipo. Por outro lado, como já apontamos brevemente acima, a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, tendo em vista a sua relativa capacidade. Assim, verificar-se-á se houve ou não abuso na relação sexual entre o maior e o menor, que causou dano para esse último, reforçando a afirmação de Roxin já aco-

lhida de que a capacidade de compreensão é matéria de fato. Esta interpretação, que se concebe a idade como uma elementar de natureza normativa, permite suavizar o rigor da lei como nos caos, não tão raros assim, da relação sexual do maior de 18 anos com sua namorada de 13, preocupação que já era propugnada pela doutrina quanto à natureza do revogado art. 224 do CP (se absoluta), e que, com a nova lei, parece permanecer. No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, fica mantida a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo a tipicidade. Assim, é possível encontrar uma aplicação razoável da capacidade de compreensão da vítima, a informar a situação de vulnerabilidade ou não desta, no caso concreto. (RASSI *apud* SÁ, 2011, p. 14).

O Ministro Celso Limongi, em voto proferido em julgamento de um crime de estupro de vulnerável, asseverou:

Em primeiro lugar, faz-se necessário relembrar que o Direito não deve ser estático, mas, por força das vertiginosas transformações sociais, nem sempre consegue acompanhá-las. Por isso, o Direito erige-se tantas vezes em óbice ao desenvolvimento da sociedade. [...] Parece claro que, quando se interpreta um Código Penal nascido em 1940, portanto, com 69 anos de idade, é preciso adequá-lo à realidade de hoje, levando em conta os valores da atualidade, para que as decisões sejam mais justas. O outro aspecto que merece destaque se prende a que, para a boa interpretação da lei, é necessário levar-se em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Uma visão abrangente desse arcabouço facilita – e muito – o entendimento e a interpretação da lei. Assim, em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente precisa ser analisado, para enfrentar a questão posta nestes autos, a de se saber se o estupro e o atentado violento ao pudor por violência presumida se qualificam como crimes e, mais, como crimes hediondos. É necessário levar em conta o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque, pelo artigo 2º desse Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. [...] Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI! A Constituição Federal im-

portou do direito anglo- americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei. [...] E, efetivamente, não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940. A interpretação da lei exige, de tal arte, coerência, harmonização das disposições legais, evitando interpretações que se contraponham. [...] Aliás, fico com a sensação de que a menina de 14 anos de idade, à época do nascimento do Código Penal não era mais instruída sobre temas sexuais, do que a menina de 12 anos de hoje. (HC 88664/GO). (BRASIL, 2009).

Percebe-se, assim, que a jurisprudência está tentando, sob diversas fundamentações jurídicas, simplesmente adequar o tipo penal do artigo 217-A do Código Penal à realidade social atual, sendo que o mecanismo que encontrou para tanto é a relativização do conceito de vulnerabilidade nos casos em que ela se faz necessária para se fazer justiça.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que crianças e adolescentes dos anos 2020 estão inseridas em uma realidade social completamente diferente daquela dos anos 1940.

Também é inconteste que o escopo dos crimes inseridos no capítulo II do Código Penal é proteger os vulneráveis contra a exploração e violência sexuais.

Sabe-se que o Brasil é um país de dimensões continentais e que em vários rincões meninas e meninos são cotidianamente explorados sexualmente. Sabe-se que o Brasil é destino de turismo sexual e que crianças e adolescentes brasileiros são incluídos nesse roteiro turístico nefasto. Tem-se também ciência de que crianças e adolescen-

tes são vítimas corriqueiras de abusos sexuais praticados dentro do seu próprio contexto familiar. Sabe-se ainda que há um índice grande de gravidez de crianças e adolescentes e que essa situação impede o pleno e saudável desenvolvimento desse público. No entanto, não se pode pretender traçar uma mesma regra, imutável e inflexível, para todas as diversas situações que podem ocorrer.

Via de regra, um adolescente que exerce a sua vontade de se iniciar nas descobertas sexuais não está tendo sua dignidade sexual violada. Ao contrário. Ele está é fazendo uso da sua liberdade e direito de escolha.

Pode-se dizer que estamos vivendo uma era de precocidade sexual. Pode-se também defender que esse comportamento não é saudável, já que a iniciação sexual precoce expõe pessoas ainda imaturas a riscos e situações que elas não possuem preparo para enfrentar. É o caso de uma gravidez na adolescência, por exemplo, que certamente irá trazer incontáveis prejuízos para a jovem mãe.

No entanto, em que pese a inconveniência da precocidade sexual da nossa juventude, acredita-se não ser adequado combatê-la por meio de medidas de criminalização. Não pode o legislador ingenuamente acreditar que, ao criminalizar uma conduta já integrante da realidade social, irá conseguir coibi-la, pois o Direito que deve acompanhar a evolução da sociedade, não ela que vai ser construída com base nas regras legais vigentes.

E quando se define um critério etário para a iniciação sexual e se diz que a vulnerabilidade do público abaixo da idade fixada é absoluta, o que está se fazendo é usar a legislação para tentar forçar um padrão social de comportamento.

Adolescentes que vivem nos dias de hoje, ao contrário daqueles do século passado, geralmente possuem amplo acesso ao que ocorre na sociedade de hoje. Mesmo nas pequenas cidades do interior do Brasil, a internet e os demais meios de comunicação de massa mostram aos jovens ávidos por conhecimento e pela informação o que ocorre com os seus pares do restante do Brasil e do mundo.

Assim, pensa-se que não se pode pretender preservar o público infantojuvenil de uma inicia-

ção sexual precoce criminalizando essa conduta quando voluntária. O que se deve punir é a violência sexual, o abuso sexual, a pedofilia. A precocidade sexual, lado outro, deve ser combatida por meios diversos do Direito Penal, sendo talvez a mais adequada o incremento da educação e assistência a essas crianças e adolescentes.

Uma coisa é punir um homem de 30 anos que se aproveita da condição de total vulnerabilidade de uma menina de 13 anos que se prostitui à beira da rodovia e com ela mantém relação sexual. É condenar um adulto pedófilo que, usando de sua experiência de vida, alicia uma menina de 12 anos para dela se aproveitar sexualmente.

Outra completamente diferente é punir um rapaz de 19 anos que engravida a namorada de 12 no contexto de um namoro consentido pelos pais da menina. É proibir uma menina de 13 anos de descobrir o sexo com o seu namorado de 18 anos de idade.

O objetivo da proteção do vulnerável deve ser proteger o público infantojuvenil da violência sexual. É o que diz a Constituição Federal no seu artigo 227. É o que preconiza o Estatuto da Criança e Adolescente de 1990. E é o que deve ser objeto de tutela também pelo Código Penal.

Assim, pensa-se que, até que venha uma necessária revisão da legislação penal quanto a essa definição de vulnerabilidade por um critério etário mais consentâneo com a realidade social, deve o aplicador do direito interpretar a vulnerabilidade desse público caso a caso.

Ninguém melhor do que o juiz de primeira instância, que tem contato com as partes, que analisa os fatos em data mais próxima da que efetivamente ocorreram para avaliar se a criança ou o adolescente envolvido foi realmente vítima de um crime sexual. Ele certamente saberá distinguir uma situação de abuso sexual que merece punição penal, daquela do exercício precoce da sexualidade, que demanda medidas de assistência estatal. E é essa a conclusão a que se chega.

A revisão da lei no tocante ao estupro de vulnerável é necessária. Pensa-se que se deve inicialmente modificar a idade de 14 anos prevista no *caput* do artigo 217-A do Código Penal para 12 anos de forma que se concilie a legislação penal ao estatuto protetivo da criança e do adolescente. Feito isso, acredita-se que à crian-

ça – pessoa de até 12 anos incompletos – deve ser proibida a prática sexual, sendo certo que a presunção de vulnerabilidade para esse público deve ser absoluta.

Lado outro, para o adolescente – pessoa entre 12 e 18 anos incompletos – a análise deve ser casuística. A presunção de vulnerabilidade deve ser relativa. Deve-se facultar ao aplicador do direito dizer se no caso concreto ocorreu uma violência sexual contra o adolescente ou um exercício precoce da sexualidade. Tal solução, ao nosso sentir, garantirá, ao mesmo tempo, a necessária proteção de crianças e adolescentes sem desconsiderar o imprescindível respeito à dignidade e liberdade do adolescente de exercer livremente sua sexualidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n.º 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Revogado pelo Decreto n.º 11, de 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d22213.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulga o Código Penal. Revogado pelo Decreto n.º 11, de 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848_compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2018.** Altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Brasília: Câmara dos Deputados, 26 nov. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11829-25-novembro-2008-584363-norma-pl.html>. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera a legislação penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer

causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, 25 set. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 14 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm#:~:text=Aos%20pais%20incumbe%20o%20dever,fazer%20cumprir%20as%20determina%C3%A7%C3%B5es%20judiciais.&text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.,-N%C3%A3o%20existindo%20outro. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 2029009/RN**, 2022/0304368-5. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 6/12/2022. Órgão Julgador: Quinta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 88664/GO, 2009. 6ª Turma. Relator Ministro. Og Fernandes. Relator para o Acórdão Ministro Celso Limongi. **Diário do Judiciário eletrônico**, 8 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1480881/PI**, 2014/0207538-0. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgamento: 26/8/2015. Órgão Julgador: Terceira Seção.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1911030/PR**, 2020. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1272467812/inteiro-teor-1272467820#:~:text=Com%20o%20inequ%C3%ADvoco%20objetivo%20de,na%20companhia%20dos%20filhos%20> (art. Acesso em: 30 abr. 2024).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1977165/MS**, 2021/0384671-5. Relator: Ministro Olinto Menezes. Relator para o Acórdão: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 16/5/2023. Órgão Julgador: Sexta Turma. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 593, de 6 de novembro de 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 6 nov. 2017. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefndmkaj/https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no Habeas Corpus n.º 92531/RS, 2008. Relatora Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 10/6/2008. **Diário do Judiciário eletrônico**, 27 jun. 2008.

DUPRET, Cristiane. **Manual de Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2009.

FREITAS, Jayme Walmer. Estupro de vulnerável: o ideal, o real e o pragmatismo jurídico. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 17, n. 43, p. 53-67, abril-junho/2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte especial**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

GUIMARÃES, Juliana Vianna. **Adequação social como limite à incriminação nos crimes sexuais**: da presunção de violência ao estupro de vulneráveis. Monografia (Pós-Graduação em Direito). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei n.º 12.015**, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 124 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). **Revista dos Tribunais**, v. 902, p. 395, dez./2010.

ROCHA, Maiana dos Santos. **A vulnerabilidade nos crimes sexuais**: uma análise à luz do consentimento do ofendido. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade Baiana de Direito, Salvador, BA, 2015.

SÁ, Rodrigo Moraes. Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXII, n.º. 000011, 10 jul. 2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/estupro-de-vulneravel-uma-analise-doutrinaria-sob-otica-da-vulnerabilidade-do-menor>. Acesso em: 19 abr. 2024.