

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC
CURSO DE DIREITO**

Cláudia Manuela Thomé Machado

**A POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER ABSOLUTO
IMPOSTO PELA SÚMULA N.º 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO
ARTIGO 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Santa Cruz do Sul

2021

Cláudia Manuela Thomé Machado

**A POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER ABSOLUTO
IMPOSTO PELA SÚMULA N.º 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO
ARTIGO 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Ritt

Santa Cruz do Sul

2021

“O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade”.

John Locke

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a toda minha família por sempre me incentivar a estudar, em especial à minha mãe que apesar de todas as dificuldades me ajudou na realização do meu sonho, que nunca mediu esforços para que eu pudesse concluir o curso de direito, que durante esta trajetória me confortou nos momentos mais difíceis e principalmente pela motivação diária.

Agradeço a Veroni Meyer Fagundes e a Simone Thomé Sala Sanches, as quais mesmo distantes se fizeram presentes, sempre me incentivaram a ser uma pessoa melhor a cada dia e nunca mediram esforços para me ajudar.

Sou imensamente grata a todos que de alguma forma contribuíram para que esta etapa fosse finalizada de forma leve e tranquila, sempre me fazendo enxergar o mundo com bons olhos e as adversidades como oportunidades, em especial as minhas colegas Amanda Marques Janisch, Brenda Silva Franco, Mariá Alberto Sanmartin e Sophia Ferreira as quais foram fundamentais para que percalços se tornassem meros desafios e não mediram esforços para que a graduação se tornasse um ciclo memorável.

Ao meu orientador, Prof. Ms. Eduardo Ritt, minha eterna gratidão por todo auxílio durante a construção deste trabalho, por todos os ensinamentos, pela incansável paciência e por ter tornado essa etapa mais leve.

E por último, mas não menos importante, em memória ao meu avô Ruy Delmar Thomé, o qual sempre me guiou, me cuidou e me ensinou que o estudo proporciona conhecimentos os quais ninguém poderá tirar de mim, dedico todos os minutos da minha graduação.

RESUMO

O presente trabalho possui como foco a configuração do delito de estupro de vulnerável tipificado no artigo 217-A, caput, do Código Penal, quando o ato sexual é praticado com menores de 14 anos de idade, mesmo que haja o consentimento da vítima. Neste sentido objetiva-se analisar o artigo 217-A, caput, do Código Penal e a súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça que versam sobre o tema em questão, bem como possibilidade de análises casuísticas dos casos que se enquadram no artigo em questão, sem a imputação imediata da súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça que reprova o consentimento da vítima e as relações anteriores mantidas por esta, mesmo que a sociedade tenha sofrido mudanças culturais e sociais, levando jovens a desenvolver discernimento necessário para autodeterminação sexual, utilizando-se, para tal, o método dedutivo. Assim, dividiu-se a monografia em três capítulos: o primeiro trata de questões introdutórias e históricas a respeito do delito de estupro de vulnerável; o segundo busca explicar um pouco da súmula n.º 593 do STJ, bem como os princípios violados por tal e o terceiro capítulo faz uma breve introdução aos direitos das crianças e adolescentes, bem como o discernimento destes frente às mudanças sociais e culturais, demonstrando a possibilidade e necessidade da relativização do caráter absoluto imposto pela súmula n.º 593 do STJ ao artigo 217-A, caput, do Código Penal.

Palavras-chave: Discernimento. Estupro de Vulnerável. Relativização. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

This paper focuses on the configuration of the offense of rape of the vulnerable, typified in Article 217-A, caput of the Penal Code, when the sexual act is committed with children under 14 years of age, even if there is the consent of the victim. In this sense the objective is to analyze article 217-A, caput, of the Penal Code and the precedent no. 593 of the Superior Court of Justice that deal with the theme in question, as well as the possibility of a case-by-case analysis of the cases that fit the article in question, without the immediate imputation of the precedent no. 593 of the Superior Court of Justice. No. 593 of the Superior Court of Justice that reproves the consent of the victim and the previous relations maintained by the victim, even though society has undergone cultural and social changes, leading young people to develop the necessary discernment for sexual self-determination, using, for this purpose, the deductive method. Thus, the monograph was divided into three chapters: the first deals with introductory and historical issues regarding the crime of rape of vulnerability; the second seeks to explain some of the precedent No. 593 of the STJ, as well as the principles violated by it and the third chapter makes a brief introduction to the rights of children and adolescents, as well as the discernment of these facing social and cultural changes, demonstrating the possibility and need for the relativization of the absolute character imposed by the STJ precedent No. 593 to Article 217-A, caput of the Penal Code.

Keywords: Discernment. Rape of Vulnerable. Relativization. Vulnerability.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	QUESTÕES INTRODUTÓRIAS A PRÁTICA DO DELITO DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL	10
2.1	O delito de estupro e a introdução do artigo 217-A, caput, através da Lei 12.015 de 2009.....	10
2.2	Análise ao artigo 217-A, caput, do Código Penal Brasileiro	13
2.2.1	Objeto jurídico	13
2.2.2	Verbo nuclear	13
2.2.3	O sujeito ativo	13
2.2.4	O sujeito passivo	14
2.2.5	Elemento subjetivo	14
2.2.6	Ação penal e a hediondez do delito de estupro de vulnerável	15
2.2.7	Erro de tipo.....	15
2.3	A introdução do parágrafo 5º ao artigo 217-A, caput, pela lei n.º 13.718 de 18.....	17
3.	DO CARÁTER ABSOLUTO IMPOSTO PELA SÚMULA N.º 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PERANTE A LEGISLAÇÃO REDIGIDA NO ARTIGO 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E SEU PARAGRAFO 5º	20
3.1	Súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça.....	20
3.2	Força vinculante da súmula n.º 593 do STJ	20
3.3	Violão ao princípio do contraditório e ampla defesa.....	21
3.4	Violação ao princípio da proporcionalidade	22
3.5	Violação ao princípio da intervenção mínima do Estado.....	23
4	A DEFINIÇÃO DE VULNERABILIDADE CONFORME O LEGISLADOR E O ESTABELECIMENTO DA IDADE QUE DIFERENCIA A CRIANÇA DO ADOLESCENTE DE ACORDO COM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	28
4.1	Direito das crianças e adolescentes	28
4.2	A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a distinção entre criança e adolescente	31

4.3	A maturação e o desenvolvimento psicológico do adolescente.....	34
4.4	A vulnerabilidade aos olhos do legislador e o discernimento do adolescente sob a ótica das mudanças sociais e culturais.....	37
4.5	A dignidade sexual e a evolução dos costumes e culturas sexuais.....	39
4.6	Estupro bilateral	42
4.7	Exceção Romeu e Julieta.....	43
5	CONCLUSÃO.....	45
	REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

Versa o presente trabalho monográfico sobre a possibilidade da relativização do caráter absoluto imposto pela súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça à vulnerabilidade a qual o artigo 217-A, caput, do Código Penal Brasileiro se refere, tendo em vista os avanços sociais e culturais que atingem crianças e adolescentes fazendo com que estes se desenvolvam cada vez mais cedo, adquirindo o discernimento necessário para a tomada de decisões que versam a respeito de sua sexualidade.

Nesse sentido, objetiva-se analisar o artigo 217-A, caput, do Código Penal e a súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça que versam sobre o tema em questão, bem como possibilidade de análises casuísticas dos casos que se enquadram no artigo em questão, sem a utilização direta da súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça que reprova o consentimento da vítima bem como as relações anteriores mantidas por esta.

A lei n.º 12.015/2009 é responsável pela introdução do artigo 217-A no Código Penal Brasileiro. Conforme disposto neste artigo, estará incorrendo na prática do delito de estupro de vulnerável, aquele que possuir conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos, independente de estar agindo com culpa ou dolo. O consentimento da vítima é irrelevante em razão da sua idade, no entanto a sociedade vem sofrendo modificações culturais, fazendo com que adolescentes amadureçam mais cedo e possuam discernimento para a prática de atos sexuais antes mesmo dos quatorze anos. A súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça reforça o entendimento do artigo dispondo que o consentimento da vítima é irrelevante em razão da sua idade, no entanto a sociedade vem sofrendo modificações culturais, fazendo com que adolescentes amadureçam mais cedo e possuam discernimento para a prática de atos sexuais antes mesmo dos 14 anos de idade.

A principal questão a ser respondida com o trabalho reside na possibilidade de analisar casuisticamente os casos configurados como estupro de vulnerável tendo em vista as modificações sociais e culturais, bem como o amadurecimento precoce de adolescentes e o discernimento destes perante a prática sexual.

O método utilizado para a concretização da pesquisa é o método dedutivo, já que a pesquisa partirá de premissas gerais, a fim de resultar numa conclusão a

respeito da necessidade e possibilidade da análise específica dos casos caracterizados como Estupro de Vulnerável, em razão das mudanças sociais. As técnicas de pesquisa empregadas correspondem a pesquisas bibliográficas, normativas, doutrinárias e jurisprudenciais através de livros, artigos jurídicos, jurisprudências, entendimentos doutrinários e legislação.

Dessa forma, dividiu-se a monografia em três capítulos: o primeiro capítulo trata de questões introdutórias e históricas a respeito do delito de estupro de vulnerável, desenvolvendo uma análise a respeito do objeto jurídico que o legislador busca proteger com a inclusão do artigo 217-A, caput através da lei n.º 12.015 de 2009; do estabelecimento do verbo nuclear; do elemento subjetivo; dos sujeitos presentes no delito de estupro de vulnerável; a ação penal bem como a hediondez do crime e a possibilidade de haver erro de tipo. Por fim o capítulo traz a introdução do parágrafo quinto ao artigo 217-A, caput, através da lei n.º 13.718 de 2018.

O segundo capítulo por sua vez, busca explicar um pouco da súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça que surgiu para cessar dúvidas a respeito do consentimento da vítima e de suas experiências sexuais anteriores ao acontecimento do delito de estupro de vulnerável. Por fim, o capítulo traz princípios que são conferidos a todos, incluindo adolescentes, sendo eles, o princípio do contraditório e ampla defesa, princípio da proporcionalidade e princípio da intervenção mínima do Estado, bem como a violação de tais princípios por meio da súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça, limitando o desenvolvimento e autoconhecimento de adolescentes, bem como o direito à liberdade.

O terceiro capítulo, por seu turno trás uma breve introdução aos direitos das crianças e adolescentes, bem como o estabelecimento que diferencia um do outro através da solidificação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda o capítulo demonstra a inobservância do legislador ao denominar vulneráveis aqueles que possuem idade inferior a quatorze anos de idade e não seguir o padrão estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estabelece adolescentes aqueles acima de doze anos de idade. Por fim, fala a respeito da maturação, da vulnerabilidade e da necessidade da relativização do caráter absoluto imposto pela súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça ao artigo 217-A, caput, do Código Penal Brasileiro.

O estudo do tema em comento é de fundamental importância, visto que a sociedade esta evoluindo gradualmente e informações são disseminadas de forma

ilimitada e com velocidade acentuada, de modo que os jovens se desenvolvem intelectual e cognitivamente de forma mais precoce, obtendo discernimento para iniciar a vida sexual antes mesmo dos quatorze anos de idade. Por essa razão, frente às modificações culturais que a sociedade vem sofrendo é necessário analisar como o dispositivo que regula a prática do delito de estupro de vulnerável vem sendo aplicado e a necessidade da análise específica dos casos configurados como estupro de vulnerável, levando em consideração o consentimento da vítima.

2 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS A PRÁTICA DO DELITO DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O presente trabalho, como já elucidado, pretende inicialmente analisar o surgimento histórico do estupro, bem como a notória preocupação do legislador em proteger inicialmente adolescentes menores de quatorze anos de idade os quais, conforme a própria legislação não possuem discernimento para a prática de atos sexuais. Será analisada a introdução da lei n.º 12.015 de 2009 que traz como novidade o artigo 271-A, caput, para o Código Penal, bem como a introdução do parágrafo quinto através da lei n.º 13.718 de 2018 ao referido dispositivo, objeto de trabalho na presente monografia.

Será analisado o objeto jurídico e verbo nuclear do delito de estupro de vulnerável tipificado no artigo 217-A, caput, da lei n.º 12.015/2009, bem como o sujeito ativo, o sujeito passivo menor de quatorze anos, o elemento subjetivo, a ação penal e a hediondez conferida ao dispositivo em exame.

É incontestável a necessidade do debate em questão tendo em vista a forma em que o legislador se posiciona frente ao sujeito passivo - adolescente menor de quatorze anos - imputando-lhe a vulnerabilidade absoluta através da súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça e da introdução do parágrafo quinto - sancionado pela lei n.º 13.718 de 2018 - ao artigo 217-A, caput, do Código Penal Brasileiro.

2.1 O delito de estupro e a introdução do artigo 217-A, caput, através da Lei 12.015 de 2009

Em análise ao dicionário, verifica-se que a palavra “*estupro*” possui como significado “*O crime de constranger alguém ao coito com violência ou grave ameaça*” que engloba ainda “*violação*”. O crime de estupro estava previsto nos artigos 213 e 214 no Título VI do Código Penal, mas foi alterado pela lei n.º 12.015/2009, trazendo mudanças necessárias para o dispositivo tendo em vista as mudanças recorrentes na atualidade.

Com a iniciativa da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, juntamente com o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Ministério Público do

Trabalho, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União, e a Organização Internacional do Trabalho, surgiu à lei n.º 12.015 na qual foi promulgada no dia 7 de agosto do ano de 2009, trazendo relevantes modificações no Título VI do Código Penal, anteriormente denominado “Dos Crimes Contra os Costumes”. MESQUITA JÚNIOR (2009).

A introdução da lei n.º 12.015 de 2009, (BRASIL, 2009) ao Código Penal, Parte Especial, Título VI, cujo nome era “Dos crimes contra os costumes” passou a denominar a matéria nele contida como “Crimes contra a dignidade sexual”. Em se tratando da lei n.º 12.015/09, Nucci (2014) destaca que a referida alteração de nomenclatura, tem relação com a preocupação do legislador, sendo que esta não se limita ao sentimento de repulsa social a conduta tipificada nas redações dos atuais artigos do Código Penal – Parte Especial, Título VI, capítulo II modificados pela Lei n.º 12.015/09, como acontecia nas décadas anteriores, mas sim á efetiva lesão ao bem jurídico em questão, ou seja, a dignidade sexual de quem é vítima deste tipo de infração.

Com a redação dada pela lei nº 12.015/2009, fundiram-se as figuras de estupro e atentado violento ao pudor com a nova redação do artigo 213, portanto desde 2009, o delito de atentado violento ao pudor tecnicamente não existe mais. Não houve o *abolitio criminis*, portanto, tal delito tipificado no artigo 214, na redação anterior a Lei n.º 12.015/09, passou a ser inserido na rubrica do estupro. É perceptível que durante muitos anos não houve preocupação com relação a proteção da mulher, por seu gênero, mas sim dos interesses patrimoniais do pai ou da honra do marido, sendo esta tratada como um objeto por longos anos e vista como pessoa que não necessitava de proteção e direitos. (SOUZA, 2020)

Souza (2020) refere que as hipóteses de estupro de vulnerável, antes regulamentadas pelos artigos 213 e 214 combinados com o artigo 224 ambos do Código penal, passaram a ser previstas no artigo 217-A, caput, em razão das alterações provenientes da lei n.º 12.015/09 e que tais alterações trouxeram um leque de direitos, bem como mais segurança e proteção para aquela que por anos foi vista como mero objeto.

Neste mesmo sentido, Nucci (2014, p. 38):

De outra banda, as hipóteses de estupro de vulnerável, antes tratadas genericamente pelos artigos 213 e 214 combinados com o art. 224, ambos do Código Penal, receberam tipificação exclusiva através das alterações

provenientes da Lei 12.015 de 10 de agosto de 2009, estando agora previstas no artigo art. 217-A.

Com a introdução do artigo 217-A, caput, pela lei n.º 12.015/2009, cujo título é denominado “*estupro de vulnerável*”, houve a reformulação dos atos que seriam enquadrados no tipo penal. Em consonância com o artigo 213, e visando a pessoa vulnerável, o artigo 217-A, caput, abrange não só a conjunção carnal, como quaisquer outros atos libidinosos.

A redação do artigo 217-A, caput, dada pela lei n.º 12.015/09 é a seguinte:

Estupro de Vulnerável

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2009, www.planalto.gov.br)

Como já mencionado, o crime é caracterizado pela prática de conjunção carnal ou ato libidinoso, neste sentido Fuher (2009, p.117) conceitua:

Conjunção carnal refere-se a introdução do pênis na vagina. A intromissão pode ser completa ou incompleta, pouco importa. Também é irrelevante que ocorra ou não a ejaculação. O coito chamado preambular ou vulvar não é conjunção carnal, mas constitui ato libidinoso diverso. O mesmo ocorre com a introdução do pênis na vagina construída cirurgicamente, em corpo masculino. Ato libidinoso é toda manifestação física que tem por objetivo satisfazer a lascívia (coito oral, anal, vulvar, *inter femura*, introdução de dedos ou objetos na vagina, no anus, contato das mãos com o corpo, lambidas etc.).

A conjunção carnal a que se refere o atual artigo 217-A, pode ser descrita como a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. Conforme Capez (2012), a conjunção carnal é coito vagínico, no entanto, a redação do artigo 213 do Código Penal, antes a alteração trazida pela lei n.º 12.015 de 2009, compreendia somente este ato sexual, excluindo todo e qualquer ato libidinosos diverso da conjunção carnal.

O ato libidinoso se refere à vontade sexual, de acordo com Capez (2012), compreende-se como ato libidinoso, formas de realização do ato sexual, distintas da conjunção carnal.

2.2 Análise ao artigo 217-A, caput, do Código Penal Brasileiro

2.2.1 Objeto jurídico

Em análise ao artigo 217-A, caput, como já demonstrado, o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual do adolescente menor de catorze anos. A finalidade do legislador através do referido artigo é proteger o desenvolvimento da personalidade do adolescente para que este possa decidir sobre sua vida sexual sem a influência de possíveis traumas somente após completar catorze anos de idade, já que, conforme a legislação, àquele que possui idade inferior à estabelecida no artigo 217-A, caput, não possui discernimento para a prática de atos sexuais, ficando cristalino a crença do legislador de que a prática de atos sexuais venha interferir futuramente no desenvolvimento do adolescente menor de quatorze anos.

2.2.2 Verbo nuclear

A conduta típica do artigo 217-A, caput, do Código Penal, consiste em **ter** conjunção carnal ou **praticar** outro ato libidinoso com menor de quatorze anos. (CAPEZ, 2012).

Fayet (2011) descreve o verbo ter como a conquista, a aquisição, o momento em que o sujeito ativo possui a conjunção carnal, já o verbo praticar é sinônimo de fazer, realizar, executar.

2.2.3 O sujeito ativo

Anteriormente as alterações da lei n.º 12.015/2009, o sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável era o homem, e existia a possibilidade de co-autoria ou participação de mulher, no entanto, após a alteração, o artigo 217-A, caput, possui como sujeito ativo o homem e a mulher, tendo em vista que as modificações introduzidas em 2009 abarcaram não somente a prática de conjunção carnal, como

também atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Mirabete (2003) tipifica o sujeito ativo como aquele que executa a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico.

Greco (2011) assevera que atualmente, tanto o homem quanto a mulher detém a possibilidade de figurar o papel do sujeito ativo da prática do delito de estupro de vulnerável, no entanto, deve ser observado que quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá ser heterossexual, já nas demais hipóteses de satisfação de lascívia, quando houver a prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, qualquer pessoa poderá figurar nesta condição.

Existem ressalvas quanto ao ato cometido, conforme Mirabete (2003), para que ocorra a configuração do primeiro verbo do tipo penal – conjunção carnal – é necessário que exista a gêneros opostos, no entanto, com relação a prática de qualquer outro ato libidinoso, não é necessário a oposição de gêneros, podendo ser o sujeito ativo e o sujeito passivo do mesmo gênero.

2.2.4 O sujeito passivo

Após a introdução da lei n.º 12.015/09, o artigo 217-A, *caput*, estabeleceu como sujeito passivo, o indivíduo menor de quatorze anos de idade, portanto, o adolescente que se enquadrar a legislação regida pelo artigo 217-A, independente do gênero, pode configurar o sujeito passivo do crime em exame.

Conforme descreve Fayet (2011), o Estado irá punir aquele que mantiver conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa que não possuir catorze anos de idade, independente de esta possuir capacidade de compreensão a respeito do ato sexual.

2.2.5 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo do delito de estupro de vulnerável é o dolo, ou seja, quando o sujeito ativo possui a intenção, ou seja, a vontade de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso diverso com o sujeito passivo.

Deste modo, conforme explica Capez (2012, p.83):

É o dolo, consubstanciado na vontade de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com indivíduo nas condições previstas no *caput* ou §1º

do artigo. Não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais.

Posto isto, em análise a explicação supracitada, é possível identificar que, quando Capez (2012), descreve que o dolo é a “vontade de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com indivíduo nas condições previstas no caput” esta se referindo que o agente ativo, durante a perpetração do delito de estupro de vulnerável tem a consciência não somente de que esta praticando relação sexual com um indivíduo, mas que este se trata de adolescente menor de quatorze anos.

2.2.6 Ação penal e a hediondez do delito de estupro de vulnerável

Após a introdução da lei n.º 12.015/2009, o artigo 225, parágrafo único, do Código Penal, estabelece que a ação penal no crime de estupro de vulnerável é pública incondicionada, isso significa dizer que pode ser promovida pelo Ministério Público sem a necessidade de que a vítima ou outra pessoa manifeste a vontade de provocar o Estado para que exerça a atividade jurisdicional.

Além disso, o delito estabelecido no artigo 217-A, caput, independente de sua forma, consumada ou tentada, é considerado hediondo conforme rol taxativo do artigo 1º, inc. VI, da lei n.º 8.072/1990.

2.2.7 Erro de tipo

Ocorre, quando o indivíduo não tem plena consciência do que está fazendo. O indivíduo desconhece, se engana ou acaba se equivocando a respeito de um dos componentes que integram a descrição do tipo legal do crime, seja a respeito da conduta, da pessoa, da coisa, etc. Este imagina estar praticando uma conduta lícita, quando na verdade, está a praticar uma conduta ilícita, mas que por erro, acredite ser inteiramente permitida aos olhos da lei.

O erro de tipo é encontrado no artigo 20, caput, do Código Penal: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. (BRASIL, 1940, www.planalto.gov.br).

Nucci (2005, p. 188) explica que:

O erro é a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um objetivo (trata-se de um estado positivo).
 O erro que incide sobre elementos objetivos do tipo penal, abrangendo qualificadoras, causas de aumento e agravantes. O engano a respeito de um dos elementos que compõem o modelo legal de conduta proibida sempre exclui o dolo.

A chance de um indivíduo incorrer em erro de tipo é grande, tendo em vista que este pode se enganar com relação à postura, aparência, porte físico ou comportamento do adolescente que possuir entre doze e quatorze anos de idade.

Quando alguém incorre no erro de tipo, o julgador pode absolver sumariamente o réu conforme o art. 397, inciso II, do Código de Processo Penal.

Neste sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. ERRO DE TIPO. PROVIDO. - Pelo impulso dos autos, percebe-se que o acusado, de fato, não tinha convicção de que manteve relação sexual com alguém menor de 14 anos, e este desconhecimento acerca da elementar do tipo previsto no artigo 217-A, do Código Penal, configura erro de tipo, afastando o dolo da conduta e, por consequência, a própria tipicidade, impondo-se a absolvição do apelante. Apelo conhecido e provido. (TJGO, 2017).

A vulnerabilidade deve ser objeto de análise nos casos. Nucci (2010) disserta que a melhor solução, advém de uma análise restrita e casuística do caso a ser julgado, não bastando à comprovação da idade para a tipificação do crime expresso no artigo 217-A, caput. A melhor solução é a análise dos fatos, levando em consideração a maturidade sexual, e o desenvolvimento mental do suposto ofendido, para então definir se este é vulnerável ou não (NUCCI, 2010).

Na mesma linha de raciocínio, Capez (2005), frisa que o dispositivo do código penal, visa à proteção do menor que não possui capacidade de discernimento, portanto, se a suposta vítima não possuir quatorze anos, no entanto apresentar maturidade sexual, não há motivos para que o caso seja julgado de forma genérica, devendo este, ser analisado de forma casuística de acordo com suas peculiaridades.

Por fim, a respeito do erro de tipo, Greco (2009) ensina que para que o agente incorra no delito de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A, caput do Código Penal, deverá ter pleno conhecimento de que a vítima é adolescente menor de quatorze anos de idade, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, que dependendo dos fatos, conduzirá até mesmo à atipicidade do fato ou a desclassificação do delito em tela.

Greco (2009, p.52), explica que:

Assim, imagine-se a hipótese onde o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como ao modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc, quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos.

O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um Motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça.

Se faz necessária a relativização da vulnerabilidade no ordenamento jurídico, tendo em vista que as chances de ocorrer o erro de tipo nos dias atuais são inevitáveis. É sabido que em se tratando de crimes sexuais, a sociedade brasileira possui um sentimentalismo extremamente aguçado, e quando ocorrem casos de estupro envolvendo pessoa vulnerável, o acusado se torna diretamente culpado e não existe mais a possibilidade de cogitar um mal-entendido. Reunindo o sentimentalismo da sociedade brasileira, a mídia e a falta de provas, muitas pessoas são acusadas injustamente e as consequências que estas condenações acarretam em suas vidas são absurdamente dolorosas e muitas vezes irreparáveis.

2.3 A introdução do parágrafo 5º ao artigo 217-A, caput, pela lei n.º 13.718/18

Anteriormente às modificações trazidas pela lei n.º 12.015/09, o artigo 244 do Código Penal, já revogado, trazia em sua redação que a violência era presumida em razão da idade da vítima, na qual deveria possuir menos de quatorze anos.

Já com a introdução da lei n.º 12.015/09 o legislador, atribuiu um sentido a incapacidade do menor de quatorze anos, imputando a este o não discernimento para a prática de atos sexuais. “Com o novo pensamento penal, a incapacidade do menor de quatorze anos em consentir resulta do desconhecimento do ato violador do crime contra a dignidade sexual.” (OLIVEIRA JUNIOR, 2010, p. 67).

Nesta senda, foi introduzida a lei n.º 13.718/18 ao Código Penal Brasileiro (BRASIL, 2018, www.planalto.gov.br) na qual provocou alterações ao artigo 217-A, trazendo para este dispositivo o parágrafo 5º o qual dispõe:

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

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

(...)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Com a introdução do parágrafo 5º, o legislador firmou caráter absoluto a vulnerabilidade daqueles que possuem menos de quatorze anos. Este dispositivo gerou grandes discussões a respeito do caráter absoluto, tendo em vista que o cenário atual no qual vivemos esta em constante evolução e considerando que a sociedade vem sofrendo modificações culturais de modo rápido fazendo com que jovens se desenvolvam precocemente, obtendo o discernimento necessário para lidar com determinadas situações da vida cada vez mais cedo, descaracterizando, portanto, a vulnerabilidade absoluta imputada a estes por meio do Código Penal Brasileiro.

Após a introdução do parágrafo 5º, através da lei n.º 13.718 de 18 no artigo 217-A, caput, do Código Penal, começou a ser questionado a possibilidade de haver consentimento no ato sexual praticado, bem como a existência de uma relação entre o autor do delito e a vítima. Além do mais, não é estabelecido uma idade mínima para que o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável realmente passe a figurar como o autor do crime tipificado no artigo 217-A, deixando em aberto a possibilidade deste possuir menos de dezoito anos de idade, bem como já ter atingido sua maioridade penal.

Com o advento da lei n.º 12.015 de 2009 e da lei n.º 13.718 de 2018 as quais deram origem ao artigo 217-A, caput, bem como ao parágrafo 5º, respectivamente, ficou estabelecido que o critério utilizado para a tipificação do crime de estupro de vulnerável é objetivo (idade), e não a mera presunção (subjetivo), portanto, o consentimento da vítima, bem como o seu histórico sexual, é visto como irrelevante. (CASTRO, 2013)

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br):

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. 2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes. 3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de

que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu. 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto.” (DISTRITO FEDERAL, 2013)

A configuração do tipo estupro de vulnerável prescinde da elementar violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, como se vê da redação do art. 217-A, nos termos da Lei n.º 12.015/2009.” (GOIÁS, 2010)

Presunção absoluta no antigo art. 224, a, do CP: “a presunção de violência prevista no art. 224, 'a', do Código Penal é absoluta, sendo irrelevante, penalmente, o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo” (TOCANTINS, 2013)

O Supremo Tribunal Federal vem se posicionando, de forma que a concordância do menor com a prática do ato sexual não acarreta em atipicidade da conduta, ainda que não haja violência ou grave ameaça na ação.

3 DO CARÁTER ABSOLUTO IMPOSTO PELA SÚMULA N.º 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PERANTE A LEGISLAÇÃO REDIGIDA NO ARTIGO 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E SEU PARAGRAFO 5º

3.1 Súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça

Diante da várias polêmicas causadas frente à presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima menor de quatorze anos, o Superior Tribunal de Justiça, na sessão do dia 26 de agosto de 2015 no Recurso Especial nº. 1.480.881-PI (2014/0207538-0) fixou a tese contida na atual súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça, sendo esta, julgada e aprovada em 25 de outubro de 2017 determinando a irrelevância do consentimento da vítima menor de 14 anos, *in verbis*:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso com o agente. (<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>)

Tal súmula possui 12 precedentes originários, sendo elas de, Minas Gerais, Tocantins, Santa Catarina, Goiás, Espírito Santo, Paraná e Piauí. Tais decisões possuem o argumento de que o consentimento da vítima, experiência sexual ou existência de relacionamento amoroso com o agente não torna atípico o crime de estupro de vulnerável.

3.2 Força vinculante da súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça

Inicialmente, é necessário ressaltar que a súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça não tem força vinculante, sendo assim, cada caso deve ser analisado e julgado casuisticamente através do julgador.

Novelino (2016, p. 26) destaca a respeito do instituto da súmula vinculante:

Surgiu em um ambiente de constantes críticas à morosidade dos processos judiciais e à baixa eficácia de suas decisões. Aspectos jurídicos – como o excesso de formalismo e de recursos existentes no sistema processual brasileiro – e econômicos – custo desta lentidão para os diversos setores da sociedade – foram decisivos para a sua aprovação.

A força vinculante é um conjunto de decisões que advém de casos parecidos e que são julgados de forma semelhante. Uma súmula vinculante possui força de lei e possui efeito *erga omnes*, portanto, determina que decisões sejam tomadas de acordo com o estabelecido na súmula.

Talon (2017) reforça que a súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça não é vinculante, portanto, as decisões não precisam necessariamente ser tomadas de acordo com o que vem estabelecido na súmula, podendo ser superada em uma decisão de juiz de primeiro grau.

O uso da súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça não é obrigatório e possui apenas um caráter de orientação para o magistrado que deve julgar através do livre convencimento, utilizando-se das provas angariadas no processo.

3.3 Violação ao princípio do contraditório e ampla defesa

A Constituição Federal de 1988 assegura em seu Art. 5º que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

O inciso LV do referido artigo expressa que “é assegurado que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br). Os princípios supracitados devem ser garantidos a todos os cidadãos e tem como objetivo, amparar o legislador para que este adote um sistema de controle penal que visa os direitos humanos. (BITENCOURT, 2007)

Se a súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça dispõe um caráter absoluto ao delito tipificado no artigo 217-A, caput, e implica na impossibilidade de análises casuísticas de cada caso, como o princípio do contraditório e da ampla defesa será aplicado de fato? Não existindo a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, pressupõe que não pode haver a inversão do ônus da prova, que acarreta a violação aos direitos fundamentais. Cunha (2009), ensina que é um erro o legislador prezar pela instauração formal do processo e não assegurar o princípio do contraditório e a ampla defesa ao individuo que diante dos fatos, pode perder a sua liberdade, ademais, não a que se falar em justiça quando uma decisão é tomada sem que seja concedido ao individuo às mesmas garantias dadas a defesa. Greco

(1991) sobre o assunto, diz que o princípio do contraditório é o meio fiel para a efetivação da ampla defesa, e consiste unicamente na possibilidade de contrariar a acusação, podendo requerer a produção de provas necessárias e acompanhar a devida produção, bem como se manifestar nos atos processuais.

No momento em que o legislador impõe a vulnerabilidade absoluta a adolescentes entre doze e quatorze anos de idade, este, retira das pessoas a garantia constitucional do contraditório, além de retirar do julgador o livre convencimento, vindo este a seguir tal súmula, deixando de analisar casuisticamente os diversos e diferentes casos que são propostos.

3.4 Violação ao princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade está incluso nos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo estado, e para consecução dos seus fins. Além do mais, atribui a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, e que possam causar danos ao cidadão.

A proporcionalidade é um princípio implícito, portanto não se encontra expresso na Constituição Federal, cuja atuação é limitar a atuação do estado frente aos direitos fundamentais do indivíduo. (BITENCOURT, 2009)

Greco (2008, p. 77) explica que o princípio da proporcionalidade exige uma ponderação sobre a relação existente entre a gravidade do fato e a gravidade da pena:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem a autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Quando o estado impõe uma pena a determinado delito, esta deve ser proporcional à gravidade do crime, portanto conforme Gomes (2003) o princípio da

proporcionalidade é de extrema importância para o sistema jurídico, visto que atua de modo específico para que seus imperativos de necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos e limitem a atuação do poder estatal. A proporcionalidade representa garantia, uma vez que impõe que as restrições à liberdade individual sejam compensadas com a necessária tutela de determinados bens jurídicos, averiguando legitimidade às intervenções que se mostrarem em conformidade com o que ela determina.

Ainda, a vulnerabilidade, em sendo absoluta e não garantido o direito de ampla defesa do indivíduo, abre uma brecha para que a pena seja aplicada de forma desproporcional. Não se pode dizer que é de bom senso aplicar a pena consubstanciada no crime de estupro de vulnerável se a vítima possuía discernimento frente ao que estava fazendo. O legislador erra no momento em que desconsidera as peculiaridades do caso, bem como o consentimento do adolescente entre doze e quatorze anos de idade e sua experiência sexual.

Não é correto fechar os olhos na atual realidade e fingir que não existem adolescentes entre doze e quatorze anos que já possuem vida sexual ativa e que praticam tais atos com normalidade. Bertasso (2009) ressalta que mesmo que reprovável aos olhos do legislador, a conduta daquele que adota à vontade do adolescente menor de quatorze anos não é proporcional à aplicação da sanção estabelecida no artigo 217-A, caput e parágrafo 5º do Código Penal.

3.5 Violação ao princípio da intervenção mínima do Estado

Assim como o princípio da proporcionalidade, a intervenção mínima do estado também não se encontra na legislação constitucional, portanto, é através dele que é restringida a incidência de normas incriminadoras quando houver a hipótese de ofensa a bens jurídicos fundamentais. O princípio é autoexplicativo, visando à intervenção mínima do estado na vida privada de uma pessoa, zelando pelo direito à liberdade conforme disposto na Constituição Federal de 1988.

Levando em consideração o direito à liberdade conferida as pessoas, a legislação penal não deve ser aplicada de imediato, mas sim, como último recurso, ou seja, quando for a última solução para o caso. O princípio da intervenção mínima, também é conhecido como *ultima ratio*, o qual orienta e limita o poder incriminador do estado, indicando que a criminalização de uma conduta só se legitima se for meio

necessário para a proteção de determinado bem jurídico, ou seja, caso outros meios de controle social mostrarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será desnecessária.

Se para o restabelecimento da ordem jurídica forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser aplicadas, deixando as medidas penais de lado. Por isso, se diz que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é: somente irá ser empregado quando os demais ramos do direito forem incapazes de tutelar bem relevante na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2011)

Assim também reconhece Queiroz (1999, p. 49):

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a 'ultima ratio', limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito.

A partir do momento em que o legislador viola o direito à liberdade de alguém, este acaba por inobservar o princípio da intervenção mínima do estado e violar direitos fundamentais conferidos às pessoas. A relativização da vulnerabilidade se faz necessária tendo em vista que a adolescentes é conferido o direito à liberdade, tornando possível que o indivíduo maior de doze anos de idade se desenvolva de acordo com a realidade na qual esta inserida. Conclui-se assim que a observância do princípio da intervenção mínima do Estado é primordial para evitar uma sanção desproporcional.

Parcela da doutrina entende que é cabível a flexibilização da norma, admitindo a atipicidade da conduta, haja vista a ausência de violação ao bem jurídico tutelado, a dignidade sexual.

Neste sentido, Nucci (2009, p.38) ensina:

A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da 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.

Adotando este mesmo posicionamento doutrinário, Estefam (2011, p.16) preleciona:

[...] entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considera-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se trata de adolescentes (indivíduos com 12 anos completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua 'dignidade sexual'). sexual por parte de menores de 14 anos de idade. No entanto, o legislador, ao conferir caráter absoluto ao conceito de vulnerabilidade, esta imputando obstáculos com relação a produção de prova em contrário, já que o fato de manter relação sexual com um menor de quatorze anos irá gerar uma presunção de culpabilidade, fato este que fere os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e da presunção da inocência de forma direta.

Foram raras as vezes, em que tribunais pátrios já decidiram que a presunção de vulnerabilidade é relativa, devendo ser analisado casuisticamente, veja-se:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONJUNÇÃO CARNAL COM ADOLESCENTE MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CONSECUÇÃO DO ATO SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VULNERABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. VÍTIMA QUE, POR VONTADE PRÓPRIA, MANTEVE RELAÇÕES COM O RÉU POR MAIS DE UMA VEZ, AMBOS RESIDENTES EM RESERVA INDÍGENA. ACULTURAÇÃO QUE NÃO AFASTOU HÁBITOS ANCESTRAIS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE (grifo nosso) (SANTA CATARINA, 2013)

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ARTIGO 217-A, DO CÓDIGO PENAL - ATIPICIDADE DA CONDUTA - RECONHECIMENTO - RECURSO PROVIDO. -A vulnerabilidade contida no artigo 217-A, não pode ser tida como de natureza absoluta, mas relativa. -Tal premissa, aliada à comprovação de ausência de grave ameaça exercida contra a ofendida, implica na absolvição do recorrente. -Recurso provido. V.V.: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE - PRESUNÇÃO ABSOLUTA - DESCONHECIMENTO DA IDADE DA OFENDIDA, QUE SE ENCONTRAVA PRÓXIMA À IDADE LÍMITE DE 14 (QUATORZE) ANOS - ERROR AETATIS COMPROVADO - ERRO DE TIPO CONFIGURADO - DÚVIDA QUANTO À EFETIVA VIOLÊNCIA - ABSOLVIÇÃO IMPOSTA - RECURSO PROVIDO. 1. Se a vítima não é maior de 14 anos, a presunção de violência caracterizadora do estupro tem caráter absoluto, que, na esteira do entendimento do STF, não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual. 2. Todavia, tal orientação jurisprudencial não elide a exigência da comprovação inequívoca do dolo do sujeito ativo, que pode ser excluído por erro justificado quanto à idade da vítima (error aetatis), ou mesmo abalado pela dúvida quanto a tal ciência, afastando-se a certeza quanto à adequação típica e ensejando, assim, a absolvição (art. 20, caput, do CP, c/c o art. 386, VI, do CPP). 3. Recurso provido.(MINAS GERAIS, 2018)

Conforme jurisprudências colacionadas, é perceptível que os tribunais, estão analisando os casos concretos de forma isolada ao invés de julgar de acordo com a letra fria do artigo 217-A, caput, deixando de tomar para si como verdade absoluta a súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça.

Alguns tribunais vêm afastando o dolo dos casos concretos em razão do fato ser consensual. Demonstrando que no decorrer da evolução cultural que a sociedade vem sofrendo, a análise casuística dos casos enquadrados no artigo 217-A, caput, se torna cada vez mais necessária, em razão da vida social que os maiores de 12 anos e menores de quatorze anos de idade estão criando nos tempos atuais. (SILVA, 2020)

Delmanto (2002) explica que, em se tratando da análise social bem como do comportamento atual dos jovens, é contraditório se não retrógrado afirmar que se trata de presunção absoluta de violência, tendo em vista que esta presunção absoluta acaba por ferir o princípio da presunção de inocência, conforme demonstra:

Nesse contexto, presumir de maneira absoluta a existência da violência, mesmo que de fato ela não tenha ocorrido, pela circunstância objetiva da vítima ser menor de 14 anos, encontrase em dissonância com o princípio da *nulla poena sine culpa*, por duas razões: 1ª) pune-se com a pena igual aquele que realmente se utiliza da violência contra um menor de 14 anos e aquele outro que, por exemplo mantém relação sexual com uma menina de 13 anos, sem qualquer violência e com o seu consentimento, mesmo que esse consentimento não seja juridicamente aceito; 2ª) deixa-se de indagar se o autor agiu com erro quanto à idade da vítima, que, aparentando ser mais velha e portando –se como uma mulher feita, pode ter mentido a respeito.

É perceptível que não há bem lesionado, portanto, afastado o dolo, não existe crime a ser configurado. Tendo em vista a jurisprudência acima colacionada, é necessário frisar, que nos dias atuais, muitos relacionamentos possuem adolescentes menores de quatorze anos de idades, e que grande parte destes relacionamentos é de conhecimento dos pais. Com o a permissão dos pais para namorar, jovens menores de quatorze anos, veem este aceite como um aval para a liberdade sexual, portanto, iniciam desde cedo à vida sexual de forma consentida.

Neste sentido, Gomes (2011, p.117) leciona:

Na realidade, não houve ofensa ao bem jurídico liberdade sexual, mas por força da presunção, admite-se tal lesão. A lesão decorre da vontade do legislador, não da consiste em o agente só responder penalmente pelos danos efetivos que ele causa em outra, quando esse dano não emerge de

sua conduta, senão de uma presunção legal, é evidente que não pode ser-lhe imputado.

O crime descrito no artigo 217-A será configurado quando a liberdade sexual do jovem for lesionada, portanto, se houver consentimento por parte deste, não há em que se falar de agressão sexual.

4 A DEFINIÇÃO DE VULNERABILIDADE CONFORME O LEGISLADOR E O ESTABELECIMENTO DA IDADE QUE DIFERENCIA A CRIANÇA DO ADOLESCENTE DE ACORDO COM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

4.1 Direito das crianças e adolescentes

No período da baixa Idade Média, as crianças eram tratadas como pequenos adultos. Na época não havia distinção entre crianças e adultos, portanto, crianças eram postas a trabalhar, já que antigamente quanto mais filhos haviam em uma família, mais mão de obra havia e conseqüentemente mais lucro os pais conseguiam. A partir do século XVI houve a diminuição da mortalidade infantil, o que fez com que adultos começassem a ter mais apreço pelas crianças, e que estas necessitassem da garantia de infância, portanto, estabeleceram que crianças até os 7 anos poderiam possuir tudo o que lhes era permitido para que pudessem usufruir de sua infância, portanto, após esta idade, assumiam deveres e responsabilidades de adulto.

Na transição do século XV para XVI adultos criaram punições físicas e espaçamentos como forma para que crianças agissem como o esperado, Barros (2005), esclarece que na época – 1730 a 1779 – metade das pessoas que morreram em Londres possuíam menos de 5 anos de idade. No século XIX a criança passou a ser vista como indivíduo merecedor e detentor do direito de receber afeto e educação. Barros (2005), explica que até final do século XIX, a criança era um instrumento de poder e de domínio exclusivo da igreja e somente no início do século XX esta passa a receber proteção da área da medicina, psiquiatria, direito e pedagogia, que contribuem para que a sociedade forme uma nova mentalidade com relação ao atendimento a criança, abrindo espaço para uma reeducação, sem que esta tenha somente bases religiosas, mas também científica.

A partir de uma linha do tempo a partir do século XX, é perceptível que o mundo começou a se preocupar com os direitos das crianças, visando garantir a estas, qualidade de vida para que a infância em si fosse melhor desfrutada: No ano de 1919, houve a efetivação do direito internacional sobre as obrigações coletivas em relação às crianças, a partir daí foi criado o Comitê de proteção da Infância, após alguns anos, no Brasil, a Lei de Assistência e Proteção aos Menores, conhecida

como Código de Menores, é consolidada através do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, determinando que a maioria penal aos 18 anos vai vigorar em todo o País. (UNICEF, 1946)

Com o fim da II Guerra Mundial, em 1946 ocorre a criação do Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância – UNICEF e dois anos após, em dezembro de 1948, a Assembleia das Nações Unidas proclamam a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com ela os direitos e liberdade das crianças e adolescentes. Em 1959, a Declaração dos Direitos da Criança é adotada por unanimidade, no entanto, seu texto não se faz obrigatório, 10 anos depois, em San José da Costa Rica, é feita a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, a qual estabelece que todas as crianças possuem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer. (UNICEF, 1946)

Em 1973 a Organização Internacional do Trabalho adota a Convenção 138, que define 18 como a idade mínima para realizar trabalhos que possam ser perigosos para a saúde, a segurança ou a moral de uma pessoa. Em 1974 a Assembleia Geral começa a se preocupar com a vulnerabilidade de mulheres e crianças em situações de emergência e conflito, então passasse a observar a Declaração sobre a Proteção de Mulheres e Crianças em Situações de Emergência e Conflitos Armados, que proíbe ataques contra mulheres civis e crianças ou seu aprisionamento e defende a inviolabilidade dos direitos de mulheres e crianças durante conflitos armados. Após 4 anos, em 1978, a Comissão de Direitos Humanos desenvolve um rascunho de uma Convenção sobre os Direitos da Criança. (UNICEF, 1946)

Para celebrar o vigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas declara 1979 como o Ano Internacional da Criança, no qual o UNICEF tem um papel de liderança, no Brasil, em 10 de outubro, é promulgado um novo Código de Menores trazendo a doutrina da proteção integral presente no atual Estatuto da Criança e do Adolescente. (UNICEF, 1946)

Nos anos de 1985 e 1986 respectivamente, houve o detalhamento dos princípios de um sistema de justiça que promove os melhores interesses da criança, incluindo educação e serviços sociais e tratamento proporcional para crianças detidas, bem como o lançamento da campanha Criança Constituinte, que apela para

que brasileiros votem em candidatos comprometidos com as causas da infância no País. (UNICEF, 1946)

Em 5 de outubro de 1988 com a promulgação da nova Constituição Federal, o Brasil inclui na carta magna, o artigo 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, o qual regula os direitos das crianças. Com o fim da Guerra Fria a Assembleia Geral das Nações Unidas, adota no dia 20 de novembro a Convenção sobre os Direitos da Criança, reconhecendo os papéis das crianças como atores sociais, econômicos, políticos, civis e culturais. A Convenção garante e estabelece padrões mínimos para proteger os direitos das crianças em todas as capacidades. O UNICEF, que ajudou a redigir a Convenção, é mencionado no documento como uma fonte de conhecimento e maestria. (UNICEF, 1946)

Em 13 de julho de 1990, o Brasil aprova o Estatuto da Criança e do Adolescente, que entra em vigor no dia 12 de outubro. A Cúpula Mundial pela Infância é realizada em Nova Iorque, Nos dias 29 e 30 de setembro de 1990, ocorre a Cúpula Mundial pela Infância que reúne os chefes de Estado e de governo de 71 nações, todos dispostos a debater os direitos das crianças e estabelecer metas para os anos 2000. Em 20 de maio de 1992, o presidente da República do Brasil e governadores de 24 Estados e do Distrito Federal participam da I Reunião de Cúpula de Governadores pela Criança – organizada pelo UNICEF e parceiros –, quando assinam o Pacto pela Infância. No ano seguinte, a II Reunião de Cúpula de Governadores pela Criança é realizada e as autoridades presentes reafirmam seu compromisso com a prioridade à infância, estabelecendo metas que devem ser atingidas até o final de seus mandatos, no plano batizado de 500 dias de ação pela criança no Brasil. (UNICEF, 1946)

No ano de 1999 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adota a Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, exigindo a proibição imediata e a eliminação de qualquer forma de trabalho que possa prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças. No ano seguinte, a Assembleia Geral das Nações Unidas adota dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, obrigando os Estados a realizar ações para impedir que

as crianças participem de hostilidades durante conflitos armados e para eliminar a venda, a exploração sexual e o abuso sexual de crianças. (UNICEF, 1946)

Dia 27 de janeiro de 2004, o Brasil ratifica o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados. No ano de 2011 é adotado um novo protocolo opcional da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. A partir deste momento, o Comitê dos Direitos da Criança pode receber queixas de violações dos direitos da criança e realizar investigações. (UNICEF, 1946)

Desta forma, a cronologia apresentada, demonstra que questões relativas à proteção e garantia dos direitos das crianças e adolescentes é assunto que perdura há anos. Tendo em vista a evolução destes direitos, é de bom tom discorrer acerca das mudanças ocorridas desde o momento em que a sociedade passou a ver os menores, como seres detentores de direitos. Além do mais, é inegável que com o passar dos anos, a sociedade vem adquirindo novos hábitos e transformando o modo de viver.

Quando começou a ser questionado os direitos das crianças e adolescentes, as transformações sociais e culturais vinham ocorrendo de forma mais lenta, no entanto, tais transformações variam de acordo com a evolução da própria sociedade. Um exemplo válido a ser citado é a criação da internet, após a introdução desta ferramenta na sociedade, o ser humano passou a ter todo e qualquer tipo de informação na palma de sua mão, portanto, com essa onda de informação a sociedade atual passou a se transformar casa vez mais, incluindo o modo como vivemos. Crianças e adolescentes passaram a ter acesso a informações que antes não eram permitidas, como por exemplo, assuntos relacionados a relações afetivas e sexuais. Assuntos que antigamente eram considerados tabus, hoje em dia se tornam motivo de curiosidade para jovens que possuem acesso a qualquer tipo de informação, podendo sanar suas dúvidas.

4.2 A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a distinção entre criança e adolescente

Anteriormente a lei n.º 8.069 de 1990, utilizava-se o termo “menor” para crianças e adolescentes, e estes não eram vistos como sujeito de direitos, após a promulgação do Estatuto da Criança e do adolescente, a criança e o adolescente foram vistos como sujeito de direitos que possuíam necessidades específicas em decorrência do seu desenvolvimento.

Como já mencionado, o Estatuto da Criança e do adolescente foi criado em 13 de julho de 1990 e tinha como objetivo ampliar os direitos das crianças e adolescentes no país. A lei n.º 8. 069 de 1990 estabelece a proteção integral às crianças e adolescentes, além de firmar que é dever da família, da sociedade e do poder público, assegurar os direitos referentes à vida, que englobam: saúde, educação, alimentação, esporte e lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, e convivência familiar e comunitária.

A lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, www.planalto.gov.br), estabelece em seu artigo 2º que “Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aqueles entre doze e dezoito anos de idade.” Neste sentido, deixa expresso que Crianças são todas as pessoas com menos de 12 anos, e adolescentes são todos aqueles entre os 12 anos até os 18 anos de idade.

Nesta senda, necessário analisar que o caráter absoluto imposto pelo Código Penal aos menores de 14 anos de idade, através do dispositivo 217-A, caput, é totalmente incongruente com as premissas do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Com relação à classificação de criança e adolescente, Nucci (2009) leciona ser contraditório dizer que aquele que possui menos de 14 anos de idade tem discernimento suficiente para ser responsabilizado penalmente através de medidas socioeducativas, e ao mesmo tempo, dizer que este mesmo adolescente não possui discernimento para se relacionar amorosamente com quem que seja.

Silva (2019, p. 49) reforça o pensamento, indagando o seguinte:

Cumpra salientar que a vulnerabilidade descrita no Código Penal, no caput de seu artigo 217-A, não está em consonância com a vulnerabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. Isto porque adolescentes dos 12 aos dezoito anos incompletos, segundo o estatuto menorista, já tem capacidade e discernimento suficientes para se submeterem às medidas socioeducativas, nos termos dos artigos 103, 104, 105 e 112, Caput. Dito isso, indaga-se: por que um adolescente dos 12 aos dezoitos incompletos não é vulnerável segundo o ECA, mas o é segundo o Código Penal? Qual o fundamento lógico, científico, político, filosófico, seja

qual for, apto a justificar que não se reconheça a presunção relativa de vulnerabilidade da vítima, dos 12 aos 14 anos de idade incompletos, do crime de estupro de vulnerável? A incoerência e falta de justificativa lógica como respostas a tais indagações saltam aos olhos do homem médio.

Nucci (2017) assevera a falta de técnica legislativa evidenciada no caput do artigo 217-A, a perda da oportunidade do legislador ao não adequar o mencionado tipo legal ao Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a injustiça do *jus puniende* do Estado em muitos casos concretos, senão vejamos:

Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário (grifo nosso). A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos) (grifo nosso). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto de estupro de vulnerável. Havendo prova da plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação. [...] Temos acompanhado julgados condenando jovens namorados, geralmente porque a garota já tem relação sexual com o rapaz, este com os 18 anos e aquela com menos de 14. No entanto existem no Brasil, especialmente no interior de Estados menos desenvolvidos, o nascimento precoce da atividade sexual, até porque também passam a existir deveres muito cedo. [...] Muito cedo nasce o desejo de formar um casal e essas crianças se unem para constituir uma família. [...] É desumano separar o casal porque se vislumbra, tecnicamente, a vulnerabilidade absoluta da vítima. Estaria o rapaz destinado a cumprir uma pena mínima de reclusão de 8 anos, classificado como autor de crime hediondo. Não se deve virar as costas para a realidade, aplicando-se o direito, mormente o penal de maneira automática. Por essas razões, preferimos defender a vulnerabilidade relativa.

Silva (2019) destaca que uma regra jurídica como o artigo 217-A, caput, do Código Penal Brasileiro, o qual não possui qualquer respaldo de cunho técnico, jurídico, filosófico, dentre outros e que é embasada apenas em política, não pode ser analisada e interpretada de maneira a olvidar unicamente os princípios gerais do Direito Penal. Quando se aplica o Artigo 217-A, caput, do Código Penal, automaticamente, sem que ocorra um juízo valorativo das circunstâncias do caso concreto, o *jus puniendi* do Estado torna-se um poder injusto, ilimitado e absoluto, no qual só é possível perceber o lado da vítima, olvidando-se totalmente o lado do “autor do crime” ignorando a essência e razão de existir do direito penal.

Ainda, na mesma linha de raciocínio, explica que os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, lesividade, intervenção mínima e adequação social são desmoralizados em razão das consequências que uma sanção penal pode acarretar na vida de uma pessoa, se tornando, portanto, inaceitável, na atual era do pós-positivismo jurídico em que prepondera o neoconstitucionalismo. (SILVA, 2019)

4.3 A maturação e o desenvolvimento psicológico do adolescente

A maturação, biologicamente falando, significa o amadurecimento, é o final do desenvolvimento de um organismo, a partir do qual ele se torna sexualmente pronto. Como já demonstrado, o adolescente passa por diversas mudanças biológicas, no entanto, é necessário também, entender as mudanças psicológicas ocasionadas pelas mudanças psíquicas e físicas.

Como já demonstrado anteriormente, o adolescente passa por um período turbulento, em busca de uma identidade adulta, período este caracterizado inicialmente pela puberdade. A identidade não é um fenômeno que ocorre apenas para os adultos, portanto, a cada desenvolvimento de nossas vidas, temos uma identidade própria e específica que é resultado de nossas experiências vitais. A fase adulta prospera na vida do indivíduo a partir do momento em que este, como adolescente passa por três perdas fundamentais neste período evolutivo, sendo elas a perda do corpo infantil, a perda dos pais na infância e a perda da identidade e papel sócio-familiar infantil. (JESUS; SOARES JUNIOR; MORAES, 2018)

Jesus, Soares Junior e Moraes (2018) explicam que a perda do corpo infantil é caracterizada pelas transformações corporais que o adolescente passa, tais mudanças corporais obrigam o adolescente a reformular psicologicamente o seu esquema corporal, ou seja, o adolescente fica obrigado a mudar a imagem corporal que tem de si próprio, o que só é possível a partir do momento em que este aceita o novo corpo psicologicamente.

Amaral (2007, p. 6) ensina que:

A experiência de ter um corpo em mutação leva a conflitos com a auto-imagem, fazendo com que ora sinta orgulho ora sinta vergonha do próprio corpo. Apesar de todas essas modificações, o adolescente precisa dar uma continuidade a sua personalidade, ou seja, precisa saber quem ele é, em que está se transformando, para assim reconstruir sua identidade. Os jovens passam horas e horas em frente ao espelho e comparam-se uns aos

outros, buscando um padrão de normalidade e aceitação. Tais situações requerem momentos de isolamento e a assunção de identidades transitórias, ocasionais ou circunstanciais, no sentido de entender a sua intimidade e, assim, desenhar a sua própria identidade.

Jesus, Soares Junior e Moraes (2018) lecionam que a perda dos pais na infância é caracterizada pela dependência e independência do adolescente com relação aos pais. Durante a adolescência o desenvolvimento e a maturação do individuo é vivido por este com agressividade, culpa, avanços e regressões. Nesta fase é estabelecido o fenômeno psicológico nomeado de “ambivalência dual”, este fenômeno pode ser descrito como o momento em que os adolescentes deixam de idealizar e supervalorizar os pais, sendo estes, alvos de críticas e questionamentos, a partir daí, o adolescente sente a necessidade de buscar figuras as quais ele se identifica fora do âmbito familiar. Nesta busca, o jovem substitui aspectos de sua identidade familiar por aspectos que agreguem o seu eu individual frente ao âmbito social o qual ele esta se inserindo. Esta fase é marcada pelo inicio da verdadeira socialização do adolescente, onde ele busca se tornar individual.

É correto afirmar que na infância existe uma situação de dependência entre pais e filhos em razão do convívio desta com seus pais e da idealização que esta cria referente a seus tutores. É natural que durante a adolescência ocorra uma confusão a respeito de sua identidade, tendo em vista que já não é mais criança, no entanto, não atingiu a fase adulta. Nesta fase, o abrigo do jovem para sanar sua insegurança frente a tais mudanças, é apoiar-se em um grupo onde ele pode depositar sua confiança. Encontrar um grupo social nesta fase, é de extrema importância pois permite ao individuo novas identificações, levando a novas configurações e reestruturação de personalidade. Durante a adolescência o individuo assume inúmeras personalidades em razão da necessidade de compreensão do seu eu. (JESUS; SOARES JUNIOR; MORAES, 2018)

Amaral (2007, p. 6) ensina que:

A busca da identidade no adolescente faz com que ele recorra, como comportamento defensivo, à busca pela uniformidade, que pode lhe fornecer segurança e auto-estima. A partir daí surge o espírito de grupo. No grupo, há um processo massivo de identificação coletiva. Basta olhar para um grupo de adolescentes: as vestimentas são semelhantes, o modo de falar (às vezes, criando um “idioma” próprio), os lugares freqüentados, os interesses, tudo é absolutamente semelhante. Neste momento, o jovem se identifica muito mais com seu grupo do que com os familiares. No grupo, ele sente-se reforçado e apoiado em suas ansiedades. Daí porque a vivência

grupal é de fundamental importância. O grupo se constitui na transição necessária entre o mundo familiar e o mundo adulto.

A perda da identidade e do papel infantil é caracterizada pela confusão do adolescente e por este assumir diversas personalidades em busca de sua identidade. Tendo em vista o critério evolutivo da psicologia, é possível constatar que não é somente a aparência dos adolescentes que difere de quando estes eram crianças. Adolescentes pensam, falam, e agem de forma diferente em razão de um grande amadurecimento cognitivo que ocorre neste período da vida, portanto, também é necessário frisar que a velocidade em que informações aumentam e o modo como chegam ao conhecimento de jovens, também interfere no desenvolvimento. Embora muitos permaneçam imaturos, ainda são capazes de raciocinar e julgar determinados fatos da sociedade. (JESUS; SOARES JUNIOR; MORAES, 2018)

O amadurecimento cognitivo é resultado de dois fatores, sendo eles, a maturação cerebral e a expansão de oportunidades ambientais. Isso significa dizer que um adolescente pode ser proprietário de um desenvolvimento neurológico avançado o suficiente para ter raciocínios formais, no entanto, só poderá utilizá-lo se este for estimulado através de leitura, convívio em sociedade, debates, etc. Ainda, é necessário enfatizar que o desenvolvimento neurológico, através da maturação, varia de indivíduo para indivíduo, tendo em vista que um dos fatores para tal desenvolvimento é o meio social no qual este vive. (JESUS; SOARES JUNIOR; MORAES, 2018)

Durante a maturação, o desenvolvimento da linguagem, possui grande importância durante a adolescência e o início desta, visto que através da linguagem, o adolescente possui a oportunidade de debater diversos assuntos, como por exemplo, o amor. A partir do desenvolvimento da linguagem, o adolescente se torna ainda mais consciente de seus pensamentos já que pode expor suas ideias e adquirir conhecimento. (JESUS; SOARES JUNIOR; MORAES, 2018)

Xavier e Nunes (2015, p. 38) dissertam que:

a capacidade do indivíduo de julgar o que é certo ou errado, adequado ou inadequado, ético ou anti-ético, honesto ou desonesto, verdade ou mentira etc, está relacionada diretamente aos estágios do desenvolvimento do pensamento [...] ou seja a forma como aprendemos a somar números é a mesma como aprendemos o que é ser solidário, por exemplo.

Tendo em vista a evolução dos níveis cognitivos dos adolescentes, estes se tornam capazes de raciocinar questões mais complexas envolvendo questões morais, que se fazem presente na sociedade. A capacidade de raciocínio envolvendo questões sócias, cada vez mais complexas, promove o desenvolvimento moral do adolescente. A evolução sexual do adolescente se inicia com a masturbação, fase que promove a aprendizagem de diversos conteúdos envolvendo erotização entre outros tipos de conteúdos que demonstram atos de afetos. A exploração da genital idade leva a sexualidade afetiva amadurecida, que só é atingida quando a adolescência apaga a infantilidade. (JESUS; SOARES JUNIOR; MORAES, 2018)

Amaral (2007, p. 6) ensina que:

Ao aceitar a sua genitalidade, o adolescente começa a busca por um par. É a fase das grandes e “definitivas” paixões, que representa todos os aspectos dos vínculos intensos e frágeis das relações interpessoais do adolescente. A curiosidade sexual pode se manifestar pelo interesse por revistas pornográficas e mesmo por experiências de ordem homossexual. O exibicionismo e o voyerismo se manifestam nas vestimentas, nas maquiagens das meninas, nas atitudes durante jogos e festas. Começam os contatos superficiais, depois profundos e mais íntimos, que preenchem a sua vida sexual.

O desenvolvimento psicológico e o desenvolvimento biológico andam juntos, portanto, não existe a possibilidade do adolescente ter um desenvolvimento psicológico, sem observar e vivenciar o seu desenvolvimento corporal. Ainda, é necessário frisar que o meio social no qual o adolescente está envolvido também é responsável pelo discernimento que este adquire no andar de seu crescimento. Nos dias atuais, com muitas informações sendo disseminadas de forma rápida, é indiscutível que estes, de alguma forma, possuem acesso a qualquer tipo de conteúdo, inclusive conteúdos pornográficos ou que reproduzam demonstrações de afeto e carinho, fazendo com que adolescentes repitam tais ações e até mesmo, busquem mais informações a respeito, em prol de sua curiosidade.

4.4 A vulnerabilidade aos olhos do legislador e o discernimento do adolescente sob a ótica das mudanças sociais e culturais

Em análise ao artigo 217-A, caput, parágrafo 5º, é necessário ressaltar que novamente o legislador, ao criar um dispositivo, propiciou indefinições a serem sanados pela própria doutrina e jurisprudência. Em se tratando do dispositivo supracitado, surgem incertezas com relação a definição de *vulnerabilidade* e *vulnerável*, tendo em vista que conforme a evolução social e cultural ocorre, o sujeito denominado como vulnerável pode deixar de se enquadrar como tal e vice versa (NUCCI, 2014)

Quando verificado a palavra “*vulnerável*” no dicionário, encontrasse aquele que “Pode ser vulnerado”, ou ainda “Diz-se do ponto pelo qual alguém ou algo pode ser atacado”, com referidas definições é possível entender que a vulnerabilidade é imputada aquele que não possui aptidão para a prática de determinados atos, indicando um estado de fraqueza.

Para o legislador, a vulnerabilidade pode ocorrer em três situações distintas: a primeira é quando se trata de vítima de estupro com menos de 14 anos; a segunda é quem, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento necessário para o consentimento da pratica de tal ato; a terceira e última situação é quando uma pessoa independente do gênero não pode oferecer resistência a tal ato. (OLIVEIRA JUNIOR, 2010)

Nesta senda, Moraes Sá (2019, p. 6) leciona:

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

No entender de Nucci (2008, p. 829), a vulnerabilidade contida no artigo caput do 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 concernir”.

Geralmente crianças e adolescentes, com idade inferior a 14 anos não possuem discernimento e maturidade para praticar atos da vida sexual, no entanto, levando em consideração a evolução cultural que a sociedade vem sofrendo, é necessário falar em exceções. Tendo em vista que toda regra possui uma exceção, e esta é tratada de forma diferente, principalmente no Direito Penal, tendo em vista

que o jus puniendi do Estado pode acarretar consequências na vida de um indivíduo de forma injusta, é necessário perceber que a aplicação do artigo 217-A, caput, do Código Penal de forma automática, sem sequer compreender as circunstâncias do fato, bem como a vulnerabilidade dos adolescentes que possuem idade entre doze e quatorze anos incompletos, é um grande retrocesso atribuído para o ordenamento jurídico através do legislador. (SILVA, 2019)

Silva (2019, jus.com.br/artigos/76384/estupro-de-vulneravel) declara que:

Tal retrocesso consubstancia-se no fato de aplicar-se uma regra jurídica (tipo penal) de forma totalmente isolada, pouco importando se injusta ou não, olvidando-se os princípios gerais norteadores e essenciais ao direito penal, como se estivéssemos sobre a égide do positivismo jurídico, o qual, na segunda grande guerra, legitimou a violação em massa de direitos humanos, da dignidade de milhões de pessoas.

Sobre o tema, Carvalho (2006) leciona que embora não seja recomendado a indivíduos com idade superior a doze anos e inferior a quatorze anos que busquem praticar atos da vida sexual, o despertar precoce acumulado com desejos sexuais criados em razão da sociedade atual, é um fato existente e devemos respeitar.

Neste mesmo sentido, leciona Karam (1996, p 153):

Embora possa não ser recomendável, sendo, porém, espontâneo e consentido, o relacionamento sexual com adolescentes, ainda que contando com menos de 14 anos, ainda que muito mais velhos seus parceiros, não pode ser objeto de repressão penal, notadamente em um momento histórico em que [...] o conceito de liberdade, neste campo da sexualidade, passou por verdadeira revolução, discrepando-se de tal forma daquele de outrora, que só seria comparado ao antigamente dava a noção de libertinagem.

É importante frisar que na atual realidade da sociedade, o jovem possui cada vez mais cedo uma vida sexual ativa, amadurecendo precocemente quando se trata de envolvimento sexual, praticando por vontade própria, atos dessa natureza de forma plenamente consentida. Mesmo que o menor demonstre vontade em praticar atos da vida sexual e deixe aparente o seu consentimento, aquele que praticar tal ato terá sua conduta reprovada, no entanto, a aplicação da sanção é gravosa, não sendo proporcional ao ato consentido, tendo em vista a perda do estado de inocência, ingenuidade e o próprio estado de vulnerabilidade eu é fundamento ético-jurídico para a proteção integral do menor. (MORAES SÁ, 2019, p. 17)

4.5 A dignidade sexual e a evolução dos costumes e culturas sexuais

A adolescência é um período de transição no qual a criança passa para se tornar adulto, sendo este momento marcado pelo desenvolvimento e pelas transformações psíquicas e físicas. Lourenço (2010) faz referência a Organização Mundial de Saúde – OMS na qual compreende como adolescentes aqueles que possuem entre dez e vinte anos de idade e que passam por um processo de desenvolvimento humano, marcado por diversas transformações relacionadas ao psíquico, físico e social. Ainda, refere que a adolescência é caracterizada pela puberdade, um período relativamente curto, no qual ocorrem mudanças biológicas, características da transição da infância para a idade adulta, além de representar, para o ser humano, o início da capacidade reprodutiva.

Durante esta fase, o corpo do adolescente está em desenvolvimento, portanto, é normal que esses adolescentes sintam curiosidade em descobrir o próprio corpo e jeito de satisfazer os novos desejos originários dos hormônios liberados nesta fase. Além da busca pela satisfação sexual, é normal que adolescentes busquem a satisfação desses desejos através do toque e afeto de outra pessoa. Conforme Násio (2011, p. 14):

a idade que se produzem as primeiras ereções seguidas por ejaculação, durante uma masturbação, as poluções noturnas, a mudança da voz e o aumento da massa e da tonicidade musculares, tudo isso constituindo germens de uma virilidade nascente. Na menina desencadeiam-se as primeiras regras e as primeiras sensações ovarianas os seios ganham volumes, a bacia se alarga conferindo à silhueta um aspecto tipicamente feminino e, sobretudo despertando nela essa tensão indefinível que emana do corpo de toda mulher e que denominamos charme.

Esta fase de desenvolvimento e autoconhecimento não deve ser limitada através da legislação, visto que a falta de conhecimento sobre o seu próprio corpo, bem como a falta de informação referente a sexualidade, podem gerar consequências tais quais o legislador e a sociedade já lidam diariamente, sendo algumas delas a aquisição de doenças sexualmente transmissíveis e abusos.

A sociedade Brasileira passou e ainda passa por transformações quando o assunto é cultura e costumes. O modo de viver e de pensar das pessoas está em constante mudança e evolução tendo em vista que a cada dia, mês e ano os indivíduos que integram a sociedade mudam de opinião e até mesmo os costumes adquiridos através da convivência com familiares e amigos.

Assim como as pessoas se adaptam as mudanças, o legislador também possui a responsabilidade de se adaptar e adaptar as normas de acordo com a realidade

que o Brasil vivencia atualmente. Ao longo da nossa história, muitos pré-conceitos foram quebrados, no entanto o legislador continuou inerte frente a evolução cultural, estabelecendo normas e princípios que não compactuam com a realidade.

Reparando na sociedade atual e percebendo as mudanças culturais que vem ocorrendo há alguns anos, não é difícil imaginar adolescentes, menores de 14 anos se relacionando com pessoas da mesma idade ou até mesmo mais velhas e tendo o consentimento da família.

O IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, realizou uma pesquisa através do projeto PeNSE (Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar) e divulgou que 28,7% dos adolescentes entre 13 e 15 anos de idade já mantiveram relação sexual:

Foram entrevistados 110 mil alunos do Ensino Fundamental e de acordo com o estudo feito em 2012, do total de meninos que responderam ao questionário, 40,1% já passaram pela experiência, sendo que entre as meninas, 18,2% disseram que também já tiveram relação sexual. (IBGE, 2015).

Tais resultados demonstram que o legislador erra ao querer aplicar normas que não condizem com a atual realidade. O legislador, além de ignorar a evolução de costumes e culturas, limita e reprime o adolescente, tirando-lhe a possibilidade deste desenvolver capacidade de discernimento com relação à vida sexual individual.

A respeito, Nucci (2009) explica que no Brasil, a presunção de violência – se relativa ou absoluta - foi muito debatida, no entanto, mesmo não existindo um consenso acerca do assunto, não será a criação de normas que irá manter adolescentes distantes da vida real, visto que a lei jamais irá modificar a realidade.

O legislador possui dificuldade em compreender a distinção entre sexo, sexualidade e direitos sexuais, portanto, projetos negativistas – aqueles voltados às violações – são os únicos assuntos mencionados em se tratando de direitos sexuais de adolescentes. Existe uma incompreensão que associa direitos sexuais à violação sexual, portanto, adolescentes não são contemplados com a vivência plena da sexualidade. O nicho que trata das violações sexuais causadas a vulneráveis é de extrema importância, no entanto, os assuntos que englobam este tema, como por exemplo combate ao abuso, exploração e violência sexual não devem ser vistos como sinônimo de direitos sexuais.

Leite (2009) afirma que os direitos sexuais não estão na agenda dos projetos educacionais e assistenciais voltados a crianças e adolescentes, portanto, quando

se faz necessário o debate acerca do tema, é numa perspectiva negativa, vinculada a supostos “problemas” como por exemplo a gravidez indesejada, às doenças sexualmente transmissíveis e à violência.

A adolescência pode ser compreendida como uma fase de transição da vida infantil para a vida adulta e embora a idade não deve ser parâmetro único para criação de políticas para crianças e adolescentes, é um quesito importante, no entanto, não é quesito principal conforme o artigo 2º da Convenção sobre Direitos da Criança (ONU, 1989, <https://brasil.un.org/>):

c) distinções com base na idade devem prover parâmetros previsíveis e objetivos, mas devem ser considerados apenas como um ponto de partida para análise, porque crianças e adolescentes desenvolvem-se de maneiras distintas e a idade é apenas uma reflexão aproximativa do desenvolvimento de suas capacidades.

4.6 Estupro bilateral

Não admitir que os comportamentos sexuais se modificaram ao longo do espaço e tempo é ignorar o desenvolvimento precoce de crianças e adolescentes, além de anular o discernimento que estas possuem para tomar decisões frente as descobertas sexuais. Em razão das mudanças no cenário social e cultural, dificilmente se encontrará adolescentes menores de quatorze anos que não possuam informações a respeito de atos libidinosos mesmo que não praticantes.

Crianças e adolescentes estão iniciando a vida sexual cada vez mais cedo, portanto é primordial que a legislação acompanhe tais mudanças ou se flexibilize perante nova realidade. Quando adolescentes cometem uma conduta delituosa, estão sujeitas às medidas socioeducativas ou medidas de proteção conforme artigos 101 e 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A prática de ato libidinoso entre adolescentes menores de quatorze anos, mesmo que de forma consentida é denominada “estupro bilateral” na doutrina brasileira, no entanto a jurisprudência ainda não buscou respostas legislativas para responder se quando duas pessoas menores de quatorze anos praticam ato sexual consentindo estão incorrendo no ato infracional de estupro de vulnerável.

Camargo (2012, p. 2) explica que:

uma perplexa figura no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o estupro bilateral de vulnerável. Com efeito, se dois menores de 14 anos (mas

maiores de 12) mantiverem relação sexual consentida entre si, ambos incorrerão no ato infracional do “estupro de vulnerável”, sendo responsabilizado nos termos do ECA/90, já que cada um foi sujeito ativo e passivo do ato infracional simultaneamente, fato que afigura-se absolutamente antilógico e incoerente

4.7 Exceção Romeu e Julieta

A exceção Romeu e Julieta é utilizada em países norte-americanos, e tem como propósito a relativização da vulnerabilidade em casos que menores de quatorze anos de idade tenham relações sexuais com um parceiro sem que a idade de ambos seja discrepante. Coelho (2017) faz referência a Obra de William Shakespeare, na qual a personagem Julieta tinha apenas treze anos de idade quando manteve sua primeira relação amorosa com Romeu. O objetivo da exceção Romeu e Julieta é que, em existindo consentimento e uma pequena diferença de idade entre os parceiros, não é passível de considerar o ato sexual praticado entre ambos como estupro.

Ao relativizar a vulnerabilidade os tribunais norte-americanos toleram uma margem de até cinco anos de diferença entre os parceiros, portanto, se um indivíduo menor de quatorze anos de idade possui um relacionamento com outra pessoa até cinco anos mais velha, é natural que possa haver a prática do ato sexual consentido, o que não configura estupro.

Alguns Tribunais brasileiros já se utilizaram da Exceção Romeu e Julieta para julgar casos tipificados no artigo 217-A, caput, do Código Penal:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DIREITO COMPARADO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. EXCEÇÃO ROMEO E JULIETA (ROMEO AND JULIET LAW). ABSOLVIÇÃO. - Na esteira do direito comparado, direito brasileiro deve adotar orientação semelhante, de que não existe crime para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes e tratar-se a hipótese de atos sexuais cometidos entre adolescentes/jovens com idades próximas, de livre e espontânea vontade, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico (art. 386, VI, Código Processual Penal). Apelo conhecido e provido. Sentença reformada. (TJGO, 2017).

A partir do momento em que um adolescente de treze anos de idade inicia sua vida sexual e por vontade própria pratica o ato de forma consensual com outra pessoa, não há violação do bem jurídico que o Título VI do Código Penal protege. Biffe Junior e Leitão Junior (2017) referem que o Direito brasileiro poderia adotar medidas semelhantes a exceção Romeu e Julieta para aplicar em casos que não

houve a violação do bem jurídico, ou seja, em casos que o ato sexual consentido adveio de uma relação de afeto e estágio de descoberta da sexualidade.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, é lógico inferir que a lei n.º 12.015/2009 foi responsável por incorporar mudanças necessárias dentro do Código Penal, visando a melhor proteção e segurança das vítimas de estupro de vulnerável, com o objetivo de proteger e zelar pelo bem jurídico tutelado frente às mudanças sociais e culturais da época. O delito de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A, caput, do Código Penal, trás em sua redação que aquele que mantiver relações sexuais com menor de quatorze anos de idade estará incorrendo para a prática do crime.

Com a inclusão do referido artigo ao Código Penal, o legislador trouxe o conceito de vulnerável e nomeou adolescentes menores de quatorze anos incapazes de decidir a respeito de sua própria vida sexual, não se atentando a evolução dos aspectos morais de costumeiros da grande maioria da população, pouco importando se a suposta vítima possui discernimento para a vida sexual.

Ainda, como se não bastasse o legislador trás para o artigo 271-A, caput, através da lei n.º 13.718/18 o parágrafo quinto, e através dele, invalida o consentimento da vítima e as relações sexuais que esta manteve antes do crime. Além da lei supracitada, o legislador não contente, estabelece a súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça, a qual vem para firmar o entendimento dos dispositivos do Código Penal, firmando caráter absoluto a vulnerabilidade, no entanto, como demonstrado, tal súmula não possui força vinculante e isso significa que não há efeito proibitivo que obste decisões nos tribunais de justiça em sentido contrário.

A vulnerabilidade da vítima menor de quatorze anos é absoluta, portanto, pressupõe que não pode haver a inversão do ônus da prova, ou seja, a súmula n.º 593 do STJ restringe ao réu o direito do contraditório e ampla defesa, retirando a possibilidade de elaboração de provas em sentido contrário, excluindo-se a possibilidade da vulnerabilidade da pessoa não ser absoluta, e excluindo diretamente a possível inocência daquele dito como autor do delito.

De igual modo, a vulnerabilidade absoluta, fere o princípio da proporcionalidade, o qual dispõe sobre a paridade entre as penas impostas pelo estado e a gravidade do crime. A partir do momento em que a vítima alega ter consentido com tal ato, se torna desproporcional condenar o suposto autor do delito, visto que o bem jurídica tutelado – a dignidade sexual a pessoa humana – não foi ferida.

O princípio da intervenção mínima do Estado, por sua vez, também é violado a partir do momento em que o estado impõe ao adolescente com idade inferior a quatorze anos à vulnerabilidade absoluta, sem analisar a atual realidade da sociedade bem como o meio social da vítima. É perceptível a evolução cultural, e o desenvolvimento precoce de crianças e adolescentes, portanto, fechar os olhos para tais acontecimentos, é no mínimo uma grande ignorância por parte do legislador.

É perceptível que, quando o legislador cria normas e impõe a vulnerabilidade a uma pessoa menor de quatorze anos, este intervém diretamente na vida das mesmas, e acaba ferindo os princípios supracitados, além de limitar e ferir o princípio de liberdade também conferido a adolescentes. Como mencionado, no desenvolvimento do trabalho, a lei penal deve ser aplicada como último recurso, ou seja, quando for à única solução. Ainda, com o legislador impondo a vulnerabilidade absoluta à pessoa menor de quatorze anos no crime de estupro de vulnerável, retiraram-se das pessoas - réu e vítima - garantias constitucionais expressas.

Outrossim, como explanado, pode ocorrer o denominado erro de tipo, o qual é comum, em razão da postura, da estatura, aparência, porte físico, comportamento, entre outras características de uma pessoa, que levam o sujeito ativo a se equivocar em relação a idade da vítima. Nestes casos, assim que comprovado o erro de tipo, o juiz poderá absolver o réu, visto estarmos diante de uma causa de excludente de culpabilidade do agente (art. 397, II, CPP).

Além do erro de tipo, se faz necessário o debate a respeito da prática de ato libidinoso entre adolescentes menores de quatorze anos, mesmo que de forma consentida. Tal prática é denominada estupro bilateral, conforme já mencionado, no entanto a jurisprudência ainda não buscou respostas legislativas para responder se quando duas pessoas menores de quatorze anos praticam ato sexual consentindo estão incorrendo no ato infracional de estupro de vulnerável.

A exceção de Romeu e Julieta é utilizada em países norte-americanos, e dispõe que não configura-se crime de estupro, nos casos em que uma pessoa com menos de quatorze anos de idade mantenha relações íntimas (e com seu consento) com outra pessoa que possui idade pouco superior à sua. Tal exceção não é utilizada nos tribunais brasileiros, porém, sua aplicabilidade pode ser discutida em recursos às instâncias superiores, tendo em vista que o teor da súmula n.º 593 do STJ não é vinculante conforme já mencionado.

A adolescência é um momento importante na vida de todos os seres humanos, visto que simboliza a transição onde o indivíduo deixa de ser criança para se tornar adulto. Uma fase marcada por mudanças e desenvolvimento psíquicos e físicos, onde os hormônios estão aflorados, desencadeando sensações e sentimentos a serem descobertos pelo indivíduo não pode de maneira alguma ser limitada através de uma norma a qual não leva em consideração as mudanças sociais e culturais que ocorrem com o passar do tempo.

Imperioso destacar que nas decisões, o sistema do livre convencimento não possui liberdade plena, isto é, não quer dizer que o juiz pode julgar de acordo com sua consciência ou experiências pessoais. A decisão do juiz deve se basear nas provas angariadas ao processo ou na falta delas, cabendo ao julgador analisar o caso concreto e julgar de acordo com o sistema de valoração da prova adotado pelo Brasil.

Após o estudo deste tema, concluiu-se que por melhor a intenção que o legislador possui ao incrementar a lei n.º 12.015 de 2009 e lei n.º 13.718 de 2018 no Código Penal, bem como a súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça, infelizmente acaba por violar o princípio do contraditório e ampla defesa, o princípio da proporcionalidade e o princípio da intervenção mínima do estado, não garantindo de forma adequada o direito de autoconhecimento as crianças e adolescentes, violando e limitando a liberdade destas de exercer o período transitório da puberdade com tranquilidade e de acordo com os avanços sociais e culturais.

Por fim, a relativização da vulnerabilidade do menor de quatorze anos no crime de estupro de vulnerável é essencial para um estado democrático de direito, visto que, mesmo que o bem tutelado pelo art. 217-A, caput, do Código Penal e pela súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça seja a dignidade sexual, deve ser considerado a capacidade de discernimento da mesma. Necessário frisar que a aplicação da súmula n.º 593 do Superior Tribunal de Justiça em todos os casos enquadrados no artigo 217-A, caput, do Código Penal instituído pela lei n.º 12.015 de 2009 é uma questão a ser analisada em razão dos danos e consequências irreparáveis que esta aplicação pode acarretar na vida de um indivíduo.

A lei deve acompanhar os avanços sociais, tecnológicos, econômicos e culturais de uma sociedade para que os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal sejam de fato honrados, bem como a liberdade de adolescentes de vivenciar as mudanças ocorridas em razão do seu próprio

desenvolvimento, visando assim à análise casuística dos casos concretos, objetivando alcançar um julgamento justo e que não seja retrógrado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, V. L. **A psicologia da educação**. Natal: EDUFRN, 2007

BARROS, N. V. **Violência intrafamiliar contra a criança e adolescente**: Trajetória histórica, políticas, sociais, práticas e proteção social. 2005. 248 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/6501/6501_1.PDF. Acesso em: 3 maio 2021.

BERTASSO, M. O desproporcional “estupro de vulnerável”. **Marcelo Bertasso**, [S.], 15 ago. 2009. Disponível em: <https://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>. Acesso em: 7 abr. 2021.

BIFFE JUNIOR, J.; LEITÃO JUNIOR, J. **Concursos públicos terminologias e teorias inusitadas**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BITENCOURT, C R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1, 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990 [...]. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art3. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. **Lei, n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro [...]. Brasília, 2018. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de set. de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). **Agravo Regimental no recurso especial 1382136 TO 2013/0155036-3**. Trata-se de agravo regimental interposto por J. M. S. L., contra decisão monocrática de Lavra do Exmº. Ministro Campos Marques (Desembargador convocador do TJ/PR), que negou seguimento a recurso especial [...] Agravante: J. M. S. L. Agravado: Ministério Público do Estado de Tocantins. Relator> Ministro Moura Ribeiro. Tocantins, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24137700/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1382136-to-2013-0155036-3-stj/inteiro-teor-24137701>. Acesso em: 3 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). **Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento: 706012 GO2005/0149051-3**. Trata-se de embargos de declaração opostos por W. V. L por intermédio de seu defensor dativo, que foi regularmente intimado, conforme documentação à fl. 463, em face de acórdão de minha relatoria proferido em sede de agravo regimental [...] Embargante: W. V. L. Embargado: Ministério Público de

Estado de Goiás. Relator: Min. Laurita Vaz. Goiás, 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8564437/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-edcl-no-agrg-no-ag-706012-go-2005-0149051-3/inteiro-teor-13667137>. Acesso em: 3 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). **Recurso Especial 1371163 DF 2013/0079677-4**. Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal distrital (Apelação criminal n. 2011.12.1.003336-9) que absolveu o ora recorrido em relação ao delito descrito no art. 217-A do Código Penal [...]. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: J F de J. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Brasília/DF, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24046245/recurso-especial-resp-1371163-df-2013-0079677-4-stj/inteiro-teor-24046246>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Decisão Monocrática). **Apelação Criminal 10080100036104001 MG**. Trata-se de apelação criminal interposta por I. A. C, já que irresignado com a r. sentença de ff. 124-128, que julgou procedente a pretensão exordial e condenou como incurso nas sanções do art. 217-A, do CP, à pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto, denegada a substituição da sanção privativa de liberdade pela restritiva de direitos. [...] Apelante: I. A. C. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Dês. Corrêa Camargo. Minas Gerais, 2018. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/565485193/apelacao-criminal-apr-10080100036104001-mg/inteiro-teor-565485255>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Decisão Monocrática). **Apelação Criminal 20120196731 SC 2012.019673-1**. Estupro de vulnerável. Conjunção carnal com adolescente menor de 14 anos. Apelante: G. D. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Jorge Schaefer Martins. Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23923600/apelacao-criminal-apr-20120196731-sc-2012019673-1-acordao-tjsc/inteiro-teor-23923601>. Acesso em: 5 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Decisão Monocrática). **Apelação Criminal 0002864120148240002 SC**. Na comarca de Anchieta, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia em face de V. G., imputando-lhe a prática do delito capitulado no art. 2017-A, caput, do Código Penal, por duas vezes, pois: [...] Apelante: Ministério Público de Santa Catarina. Apelado: V.G. Relator: Dês Moacyr de Moraes Lima Filho. Santa Catarina, 2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471917890/apelacao-criminal-apr-2864120148240002-anchieta-0000286-4120148240002/inteiro-teor-471917939>. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí (Decisão Monocrática). **Apelação Criminal 201300010078172 PI**. Apelação Criminal interposta pelo réu A. R. O., contra sentença que condenou à pena de 12 (doze anos) de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, pela prática do crime de estupro de vulnerável (art. 211-A do CP) [...] Apelante: A. R. O. Apelado: Ministério Público do Estado do Piauí. Relator: Dês. Erivan Lopes. Teresina, 2014. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/388310791/apelacao-criminal-apr->

201300010078172-pi-201300010078172/inteiro-teor-388310844. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRAYNER, Y. R. 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, **Delegados.com.br**, Piauí, 21 nov. 2017. Disponível em: <https://delegados.com.br/component/k2/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-do-stj>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CAMARGO, A. S. Uma análise sobre as problemáticas da utilização do critério etário/ biológico em face aos crimes sexuais na ótica dos princípios fundamentais. **10ª Mostra Acadêmica da UNIMEP**, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/10mostra/4/556.pdf>. Acesso em: 3 maio 2021.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal: Parte especial**. v. 3, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal: Parte Especial: Dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**, v. 3, 10 ed. Saraiva, São Paulo, 2012. p. 82 e 83.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal: Parte Especial: Dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**, v. 3, 10 ed. Saraiva, São Paulo, 2012. p. 89.

CARAMIGO, D. O estupro de vulnerável e sua vulnerabilidade absoluta, **Canal Ciências Criminais**, [S.], 29 maio 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-vulneravel-vulnerabilidade/>. Acesso em: 3 maio 2021.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. **Unicef**, [S.], 1989. Assembleia Geral da ONU, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos,Foi%20ratificado%20por%20196%20pa%C3%ADses>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CUNHA JÚNIOR, D. da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2009.

CUNHA, R. S. Legislação: Lei nº 13.718/2018 introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual. **Ministério Público do Paraná**. Paraná, 2018. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2166.html#:~:text=217%2DA%20do%20C%C3%B3digo%20Penal,rela%C3%A7%C3%B5es%20sexuais%20anteriormente%20ao%20crime.%22>. Acesso em: 3 maio 2021.

ESTEFAM, A. **Direito Penal: Parte Especial (Arts. 235 a 359-H)**. 3 ed. Saraiva. São Paulo, 2011.

FAYET, F. A. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 88-89.

- FAYET, F. A. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 90.
- FUHER, M. R. E. **Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GOMES, L. F. **Direito penal: Parte geral**. V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES, M. G. de M. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GRECO FILHO, V. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRECO, R. **Código Penal Comentado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- GRECO, R. **Curso de direito penal: Parte especial**. v. 3, 8 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.
- HISTÓRIA dos direitos da criança. **Unicef**, [S.], 1946. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 2 maio 2021.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa nacional de saúde do escolar**: 2015. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2016. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9134-pesquisa-nacional-de-saude-do-escolar.html?=&t=publicacoes>. Acesso em: 1 maio 2021.
- JESUS, N. F. de (Coord.); JUNIOR, J. M. S.; MORAES, S. D. T. de A. **Adolescência e Saúde 4: Construindo saberes, unindo forças, consolidando direitos**. 2018. Disponível em: https://justica.sp.gov.br/wp-content/themes/colormag/biblioteca/Adolescencia_e_Saude_4.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.
- JUNIOR, E. Q. de O. O conceito de vulnerabilidade no direito penal. **Jusbrasil**, [S.], 8 abr. 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2146510/o-conceito-de-vulnerabilidade-no-direito-penal-eudes-quintino-de-oliveira-junior>. Acesso em: 6 out. 2020.
- KARAM, M. L. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. *In*: CASTRO, A. C. A.; CERQUEIRA, C. M. N.; ZAFFARONI, E. R.; CORREA, F. V.; CARNEIRO, G.; CERQUEIRA FILHO, G.; NEDER, G.; PINAUD, J. L. D.; BOFF, L. KARAM, M. L.; MURAD, M.; SODRÉ, M.; BATISTA, N.; MARCOS, P.; VERANI, S.; CHALHOUB, S.; SANTIAGO, S.; BATISTA, V. M. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996.
- LEITE, V. **Sexualidade adolescente como direito? A visão de formuladores de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.
- LOURENÇO, B, QUEIROZ, L. B. Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência. **Rev. Med.**, São Paulo, v. 89, n. 2, p. 70-75, abr./jun. 2010. Disponível

em: <https://www.revistas.usp.br/revistadc/article/view/46276/49930>. Acesso em: 4 maio 2021.

MESQUITA JÚNIOR, S. R. de. Breves comentários à Lei nº 12.015/2009. **Jus**, Teresina, ano 14, n. 2335, 22 nov. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13362>. Acesso em: 3 maio 2021.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. v. , 20 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASIO, J. **Como agir com um adolescente difícil?**: Um livro para pais e profissionais. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2011.

NOVELINO, M. **Curso de direito Constitucional**. 15 ed., rev., atual. e ampl. Salvador. JusPODIVM, 2020.

NUCCI, G de S. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015 de 2009. São Paulo, **Guilherme Nucci**, 31 mar. 2014. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/#:~:text=A%20consuma%C3%A7%C3%A3o%20do%20estupro%2C%20quando,na%20vagina%2C%20ainda%20que%20parcial.&text=Antes%20da%20Lei%2012.015%2F09%2C%20a%20doutrina%20e%20jurisprud%C3%Aancia%20assinalavam,implicavam%20concurso%20material%20de%20infra%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 4 out. 2020.

NUCCI, G. de S. (Coord.); ALVES, J. C.; BARONE, R.; BURRI, J.; CUNHA, P.; ZANON, R. **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: [https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/#:~:text=Com%20o%20advento%20da%20Lei,15%20\(quinze\)%20anos%E2%80%9D](https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/#:~:text=Com%20o%20advento%20da%20Lei,15%20(quinze)%20anos%E2%80%9D). Acesso em: 3 maio 2021.

NUCCI, G. de S. **Crimes contra a dignidade sexual**, 5 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2014.

NUCCI, G. de S. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, G. de S. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, P. Do Estupro. **Paulo Queiroz**, [S.], 19 set. 2011. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/do-estupro/>. Acesso em: 31 abr. 2021.

RODRIGUES, J. de A.; CARDOSO, L. A.; CABRAL, L. M.; PEREIRA, M. D. O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica, **Jus**, [S.], nov. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13908/o-novo-tipo-penal-estupro-de-vulneravel-e-suas-repercussoes-em-nossa-sistematica-juridica>. Acesso em: 4 out. 2020.

SÁ, R. M. Estupro de Vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. **Revista Semana Acadêmica**, [S.], v. 1, n. 11, 2012. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/artigo/estupro-de-vulneravel-uma-analise-doutrinaria-sob-otica-da-vulnerabilidade-do-menor>. Acesso em: 4 nov. 2020.

SILVA, J. V. M. B. ESTUPRO DE VULNERÁVEL- A Injustiça da Presunção Absoluta de Vulnerabilidade da “Vítima” menor de 14 anos à luz da Súmula nº 593 do STJ, **Jus**, [S./], set. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76384/estupro-de-vulneravel>. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76384/estupro-de-vulneravel>. Acesso em: 26 abr. 2021.

SOUZA, L. A. de. **Direito Penal**. 2 ed., v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/233137440/v1>. Acesso em: 5 out. 2020.

TALON, E. Qual é a vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável?. **Evinis Talon**, [S./], 2018. Disponível em: <http://evinistalon.com/qual-e-vulnerabilidade-no-crime-de-estupro-de-vulneravel/>. Acesso em: 2 maio 2021.

XAVIER, Alessandra Silva; NUNES, AIBL. **Psicologia do Desenvolvimento**. 4 ed., rev., e ampl. Fortaleza. EdUECE, 2015.